El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015

Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol
(Director)

El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Los autores
© 2016 Atelier
Vía Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16311-65-1
Depósito legal: B-22966-2016

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Índice

PRESENTACIÓN 15

EL NUEVO PROCESO PENAL: VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS REFORMAS PROCESALES DE 2015 19
Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol

1. La reforma procesal penal de 2015: un cóctel de difícil digestión 19
2. Las sucesivas leyes reformadoras 22
3. Sobre la deficiente técnica legislativa 24
4. Análisis crítico de las principales reformas 27
   4.1. Fortalecimiento de las garantías procesales 27
   4.2. Las medidas de investigación tecnológica 28
   4.3. La sustitución del término *imputado* por los de *investigado* y *encausado* . 30
   4.4. Limitación de los plazos de la instrucción. 31
   4.5. Otras medidas de agilización de la justicia penal 33
   4.6. La reforma del régimen de recursos 34
5. Conclusión final 35

LEGISLADORES, JUECES Y RENOVACIÓN DEL PROCESO PENAL EN ESPAÑA (1978-2015) . 37
Manuel Ortells Ramos

1. La razonable perplejidad de un observador atento. 37
2. La potestad de dirigir la investigación en el procedimiento preliminar 39
3. La potestad de acusar (reglada o discrecional) y el derecho de acusar 41
4. Asistencia letrada al detenido y la defensa técnica del imputado en el procedimiento preliminar 45
5. La restricción de derechos fundamentales por fines legítimos del proceso penal . 49
   5.1. Restricción de derechos fundamentales y actos de investigación 50
   5.2. Restricción de derechos fundamentales y medidas cautelares y preventivas . 52
6. El deber de correlación de la sentencia con la acusación 55
7. Materiales sobre los que puede fundar su convicción el tribunal del juicio. 58
8. Los recursos contra la sentencia 61
9. Procedimientos simplificados para la resolución sobre la acción penal. 63

10. Los intentos (fracasados) de una nueva LECrim y lo que ha quedado de la propuesta de texto articulado de LECrim de 2013 65
10.1. Lo que permanece y lo que cambia con la reforma de 2015 66
10.2. ¿Una oportunidad perdida para atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal? 70

PLAZOS MÁXIMOS PARA LA INSTRUCCIÓN PENAL 73
José Luis Vázquez Sotelo

1. Las reformas sectoriales de la LECrim por la Ley 41/2015 y la Ley Orgánica 13/2015 . 74
2. Proceso y tiempo 75
3. La lentitud de la Justicia y la «duración razonable del proceso» como garantía del «debido proceso de ley» 75
4. Vieja y nueva preocupación del legislador por la duración de la instrucción. . . . 76
5. Plazos máximos establecidos en el nuevo art. 324 LECrim. «Instrucciones sencillas» e «instrucciones complejas» 77
6. «Plazo máximo excepcional» para finalizar la instrucción 79
7. Casos legales de complejidad. ¿«Numerus clausus»? 79
8. Interrupción de los plazos. 80
9. Efectos 81
10. Juicio crítico 82

PROBLEMÁTICA DEL LÍMITE MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN EN LA LEY 41/2015 85
Elisabet Cerrato Guri

1. Introducción 85
2. ¿Cuánto debe durar la investigación?. 86
3. ¿Cuándo se producen dilaciones indebidas en la fase de instrucción? 87
4. ¿Soluciona la nueva redacción del art. 324 LECrim el problema de las dilaciones indebidas en la fase de instrucción? 89
   4.1. Ampliación del plazo para la instrucción 89
   4.2. Prórroga de los plazos ordinarios 90
   4.3. Aspectos conflictivos del renovado art. 324 LECrim 91
      4.3.1. La interrupción del plazo de investigación 91
      4.3.2. La prórroga excepcional de la instrucción. 91
      4.3.3. La conclusión de la instrucción 92
5. Conclusiones. 93
6. Bibliografía 93

ALGUNAS CUESTIONES DE LÉXICO Y GARANTÍAS EN LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA LEY ORGÁNICA 13/2015, DE 5 DE OCTUBRE (DE LA ESTIGMATIZACIÓN POR EL *NOMEN IURIS* A LA TRIVIALIZACIÓN DEL *TITULUS ATTRIBUTIONIS*) 95
Manuel Lozano-Higuero Pinto

1. Preliminar: oportunidad de las cuestiones léxicas en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 96
2. El supuesto asesoramiento o consejo técnico-lingüístico al efecto. Dudas sobre el particular 97

3. Triple perspectiva en la consideración del Derecho (como arte, como técnica, como ciencia) 99
4. Digresión sobre los requisitos o exigencias mínimas del lenguaje jurídico. Algunas posiciones doctrinales 103
5. Funciones de la terminología: diferenciadora, identificadora, definidora 107
6. Ejemplos legislativos de la incapacidad de nuestra época para la corrección y ortodoxia jurídico-gramatical 108
7. Reforma innecesaria desde la perspectiva dogmático-institucional y semántica . . 111
8. ¿Una reforma aciaga para la Justicia? 117
9. Conclusiones 123

LA *(IN)*DEFINICIÓN DEL SUJETO PASIVO DEL PROCESO: LAS NUEVAS CATEGORÍAS DE «INVESTIGADO» Y «ENCAUSADO» 125
Francisco Ortego Pérez

1. Introducción 125
2. La desnaturalización del término imputado y el reproche social de culpabilidad . . 127
   2.1. La asimilación de la imputación a una auténtica presunción de culpabilidad . . 127
   2.2. El tratamiento informativo de la imputación: juicios paralelos y «*pena del telediario*» 129
3. El cambio terminológico: de imputado a «investigado y encausado» 132
4. Epílogo 135

EL SIGNIFICADO REAL DE LOS TÉRMINOS IMPUTADO E INVESTIGADO 137
Luis Batlló Buxó-Dulce

LA REFORMA DE LA DENOMINACIÓN Y DERECHOS DEL IMPUTADO EN LA LO 13/2015, DE 5 OCTUBRE 141
Alexandre Girbau Coll

1. La denominación «imputado» 141
   1.1. Razones por las que resulta inaceptable eliminar de la LECrim la denominación «imputado» 142
   1.2. Motivos para mantener la denominación «imputado» y restituirla a la LECrim . 144
   1.3. Reforma necesaria para evitar la estigmatización del sujeto pasivo del proceso penal durante la fase de instrucción 145
2. Los nuevos derechos y garantías del imputado no incomunicado 146
   2.1. La ampliación de los derechos del imputado del art. 118 LECrim 147
   2.2. La ampliación de los derechos del detenido del art. 520 LECrim 148

EL DERECHO DE DEFENSA EN LA DETENCIÓN Y PRISIÓN INCOMUNICADA TRAS LA REFORMA DE LA LO 13/2015 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 153
Jorge Obach

1. Introducción 153
2. La detención y la prisión incomunicada 154
   2.1. Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre: una regulación constitucionalmente débil 154

2.2. Una detención o prisión provisional incomunicada «más constitucional»: 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 tecnológicas. 159
2.3. Un efecto innecesario y de desconfianza respecto a la Abogacía 162
3. Los indicios habilitantes para la restricción de los derechos 164
3.1. Una doctrina consolidada en la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho al secreto de las comunicaciones. 164
3.2. Una menor exigencia de los indicios, en los supuestos de detención o prisión incomunicada 166

EL NUEVO RÉGIMEN DE RECURSOS EN EL PROCESO PENAL 169
Federico Blanco García

1. Introducción 169
2. La generalización de la segunda instancia penal. 170
3. La ampliación de la casación 172
4. Ampliación de los motivos del recurso de revisión de sentencias firmes. 173
5. Conclusiones. 175

PROTECCIÓN Y REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA TRAS LAS REFORMAS PROCESALES Y PENALES DE 2015 177
Coral Arangüena Fanego

1. Introducción: el nuevo marco legal de protección a las víctimas 177
2. Reconocimiento del derecho a la reparación del daño causado y a la intervención en el proceso penal en las actuaciones dirigidas a tal fin 180
2.1. Derecho a la restitución de los bienes que les hayan sido incautados en el curso de la investigación penal, salvo en caso de necesidad impuesto por el proceso penal. 181
2.2. Derecho al reembolso de gastos causados con motivo de su participación activa en el proceso penal, si el sistema jurídico del país europeo lo permite 182
2.3. Derecho a una decisión sobre la indemnización de perjuicios por parte del autor del delito, si el Estado lo permite en el propio proceso penal . . . 187
3. El recurso a la mediación 191
4. A modo de conclusión. 194

CONSIDERACIONES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL 197
Elena Guixé Nogués

1. Introducción 197
2. Los problemas de interpretación que puede comportar la introducción del concepto víctima y los actuales artículos 109, 109 bis y 110 LECrim 199
3. La comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima y los arts. 636 y 779, regla 1ª del apartado 1º LECrim 206
4. Participación de la víctima en la ejecución 214
5. Conclusiones. 219

LA LEGITIMACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUCIAMIENTO CRIMINAL DE 2015 223
Juan Burgos Ladrón de Guevara

1. Introducción 223
2. Ejercicio de la acción penal por la víctima. 225
3. Legitimación de la víctima en las medidas cautelares 228
4. Legitimación de la víctima en el sobreseimiento y posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada y sin grabación de imágenes 229
5. Legitimación de la víctima en la ejecución de las penas 231
6. Conclusiones. 232

LA REMISIÓN POR LA POLICÍA JUDICIAL A LOS JUZGADOS Y AL MINISTERIO FISCAL DE LOS ATESTADOS RELATIVOS A DELITOS SIN AUTOR CONOCIDO 235
José Martín Pastor

1. Introducción 235
2. ¿El por qué de la reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido? 237
3. El régimen de remisión de los atestados a los jueces y fiscales 239
   - 3.1. La regla general 239
   - 3.2. Las excepciones a la regla general 239
   - 3.3. Las excepciones a la excepción 240
     - 3.3.1. Que se esté en presencia de determinados tipos de delito 240
     - 3.3.2. Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y ésta haya tenido algún resultado 241
     - 3.3.3. Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión del atestado 242
4. Algunos supuestos controvertidos 244
   - 4.1. ¿Se debe remitir el atestado para solicitar una diligencia de investigación al Juez instructor a pesar de no conocerse el autor del delito? 244
   - 4.2. Transcurridas las setenta y dos horas desde la apertura del atestado, ¿puede la Policía seguir investigando autónomamente, o queda el delito sin investigar y, de hecho, impune? 244
   - 4.3. La reiteración de la denuncia y la victimización secundaria 247
   - 4.4. Un deficiente control de la actuación policial por el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial 247
   - 4.5. ¿Acabarán todas las denuncias presentándose ante los Juzgados de Instrucción? ¿Supondrá esta medida una verdadera agilización de la justicia penal? 248
   - 4.6. ¿Se podrá perseguir penalmente el delito de simulación de delito? 249
   - 4.7. ¿Qué imagen tendrá el ciudadano de la Policía Judicial? 249

LA CONEXIDAD EN EL PROCESO PENAL 251
Constantino Adell Artiga

1. Introducción 251
2. Presupuestos de conexidad: artículo 17 LECrim 252
   - 2.1. Un delito un procedimiento 253

2.2. Supuestos tasados 254
2.3. Analogía o relación entre delitos cometidos por un sujeto 255
3. Plazos 257
4. Efectos de la conexidad 258
5. Conclusión 259

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TECNOLÓGICAS TRAS LA REFORMA DE 2015 261
Olga Fuentes Soriano

1. Introducción 261
2. La obtención de fuentes de prueba 263
2.1. Principios rectores 264
2.2. La autorización judicial 268
2.2.1. Datos de tráfico 269
2.2.2. Números IMSI, IMEI o cualesquiera otros datos identificativos de la comunicación 270
2.2.3. Dirección IP 272
2.3. Hallazgos casuales 274
3. Los medios de prueba tecnológicos 277
3.1. La admisibilidad de la prueba 278
3.2. La aportación de la prueba 279
4. La valoración de la prueba 282
5. Bibliografía 285

LA DENUNCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL 287
Joan Picó i Junoy

1. Precisiones previas 287
2. La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal 290
2.1. Primera tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria 290
2.2. Segunda tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria . . . 293
3. Opinión personal: *in medio virtus* 295

LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR EL RESULTADO OBTENIDO DE UNA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA EN OTRO PROCESO PENAL 297
Roser Casanova Martí

1. Introducción 297
2. La utilización de los resultados de las intervenciones telefónicas en un proceso penal distinto 298
2.1. Situación anterior a la reforma: ausencia de regulación 298
2.1.1. Necesidad de acreditar la legitimidad de la medida 299
2.1.2. Posibilidad de impugnación de la medida en el segundo proceso . . 300
2.2. Nueva regulación 303
2.2.1. Ubicación en el texto procesal penal 303
2.2.2. Como medio de investigación o como prueba 303
2.2.3. Legitimidad de la injerencia 304
3. Conclusiones 306
4. Bibliografía 306

EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO 307
Alberto M. Santos Martínez

1. Cuestiones introductorias 307
   1.1. Concepto y naturaleza 308
   1.2. Características y objetivos pretendidos por el legislador 309
2. Requisitos y objeto del proceso por aceptación de decreto 311
3. Contenido del decreto 314
4. Procedimiento 316
   4.1. Remisión del decreto al Juez Instructor 316
   4.2. Autorización del decreto y citación a comparecencia 317
   4.3. Comparecencia 319
   4.4. Conversión del decreto en sentencia de condena 320
   4.5. Ineficacia del decreto 322
5. La asistencia letrada 323
6. Recursos y ejecución 324
7. Bibliografía 326

EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO: PENUMBRAS Y SOMBRAS DE UNA NUEVA ALTERNATIVA PARA LA CONFORMIDAD PENAL 327
Marc Molins Raich

1. Introducción 327
2. Génesis normativa 328
3. Requisitos y forma de tramitación del procedimiento por aceptación de decreto . . 330
4. Problemas y dudas que plantea la nueva regulación 332
   4.1. ¿Cuál es el verdadero ámbito de aplicación de este procedimiento? 333
   4.2. ¿Qué sentido práctico tiene este procedimiento? 334
   4.3. Últimas consideraciones en relación con un modelo de negociación trazable e unilateral 337

NOVEDADES RELATIVAS A LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA FIRME TRAS LA REFORMA, POR LA LEY 41/2015, DEL ART. 954 LECRIM 339
David Vallespín Pérez / Nancy Carina Vernengo Pellejero

1. Introducción 339
2. Los motivos de revisión del art. 954.1 LECrim 342
3. El motivo de revisión del art. 954.2 LECrim 346
4. El motivo de revisión del art. 954.3 LECrim 347

EL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO 351
Manuel Cachón Cadenas

1. Nota introductoria 351
2. Ámbito de aplicación del procedimiento de decomiso autónomo 351
3. Naturaleza jurídica 355
4. Competencia 356
5. Partes procesales 358
6. Procedimiento 359
7. Cosa juzgada 361
8. Ejecución de la sentencia 362

UNA PINCELADA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO 365
Just Franco Arias

1. Introducción 365
2. Una reflexión sobre el decomiso, en general 365
3. Entrando ya sobre el proceso especial de decomiso autónomo 366
   - 3.1. Sobre el alcance de la intervención del tercero afectado por el decomiso en el proceso penal 367
   - 3.2. La primera instancia es un hibrido entre el juicio verbal civil y el proceso penal abreviado, con las dificultades que estas figuras intermedias siempre comportan 368
   - 3.3. Los recursos son los propios del proceso penal, provocando un difícil encaje con una primera instancia, que pretende regirse siguiendo el proceso verbal civil 372
   - 3.4. Los efectos de la declaración del decomiso en el procedimiento autónomo, respecto a un proceso penal posterior 375

LA PRUEBA DEL DECOMISO: EL ARTÍCULO 127 DEL CÓDIGO PENAL O DEL MAL SABER Y REDACTAR LAS LEYES 381
Lluis Muñoz Sabaté

¿ES INCONSTITUCIONAL EL NUEVO JUICIO DE DELITOS LEVES? 387
Federico Adan Domenech

1. Introducción 387
2. Quiebra de axiomas jurídicos considerados válidos 388
3. Quiebra de la regla quien instruye no puede juzgar 389
   - 3.1. Normativa derogada 390
   - 3.2. Normativa vigente 391
     - 3.2.1. Problemas procesales 391
     - 3.2.2. Problemas legales 392
     - 3.3.3. Concreción del problema 392
     - 3.3.4. Posibles soluciones 393
4. Quiebra de las reglas de postulación procesal 394
   - 4.1. Premisas de la ruptura de las reglas de postulación procesal 394
   - 4.2. Problemas de la falta de postulacion procesal en los delitos leves 395
   - 4.3. Reforma legislativa parcheadora 396
   - 4.4. Problemas planteados con la entrada en vigor de las modificaciones de la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre. 397

Presentación

Durante el año 2015, el legislador modificó hasta en siete ocasiones nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como es sabido, hasta la fecha se han elaborado ya diversas propuestas para sustituir nuestra vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, por un nuevo Código Procesal Penal acorde con las necesidades procesales derivadas de los tiempos actuales y las consecuentes nuevas formas de criminalidad. Sin embargo, como es asimismo sabido, la ley procesal penal, en la medida en que regula el difícil equilibrio entre la eficacia de la investigación penal y las garantías de los investigados, no es —ni, seguramente, pueda ser— una ley ideológicamente neutra. Esta fuerte carga ideológica producto del debate entre los partidarios de potenciar la seguridad y los defensores de alzaprimar las libertades individuales dificulta el necesario consenso en la regulación de una materia tan delicada. Se ha dicho, con razón, qué la ley procesal penal es en cierta medida el termómetro de la aplicación práctica del grado de democracia de un país.

Durante los últimos años, el debate político en España no se ha caracterizado precisamente por la obtención de grandes consensos en los temas claves del país. Y la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha sido una excepción. Desde hace ya algunos años, las principales reformas y propuestas legislativas no han ocultado el sesgo del grupo o color político dominante en cada momento. Esta incapacidad de nuestros políticos de poder consensuar los grandes temas que afectan a nuestra sociedad se ha traducido en un sinfín de numerosas reformas parciales de la más que centenaria LECrim. Veinte años atrás, cuando la ley *apenas* había cumplido un siglo, el malogrado y recordado Profesor SERRA DOMÍNGUEZ, con el tono crítico y provocativo que le caracterizaba, solía repetir con frecuencia que la mejor reforma posible de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consistiría en empezar a aplicarla tal y como la concibió el legislador decimonónico.

Hoy, ello no sería ya posible. Y no sólo por el avance de las tecnologías y, por ende, tanto de las nuevas formas de criminalidad como de los nuevos métodos de investigación, sino, especialmente, porque a la parcheada Ley de Enjuiciamiento Criminal hoy ya no la reconocería ni el Ministro que la auspició.

Nos debatimos pues entre la imperiosa necesidad de obtener el consenso necesario para aprobar una ley de nuevo cuño y la asimismo imperiosa necesidad de acometer urgentemente las reformas mínimas necesarias para, como mínimo, poder «ir tirando» mientras llega ese consenso que nadie parece buscar de verdad.

A ello se refieren los Preámbulos de las dos principales leyes reformadoras de 2015 (en concreto, los de la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015), alertando expresamente de que las reformas acometidas no son si no una avanzadilla del futuro Código Procesal Penal:

> *«La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometida a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal».*

Sin embargo, como suele suceder, las justificaciones de las exposiciones de motivos no siempre se corresponden con la realidad. Así, ni todas las reformas acometidas responden a esa pretendida urgencia inaplazable, ni todas las urgencias inaplazables han sido convenientemente acometidas. A mayor abundamiento, a finales de la pasada legislatura, el legislador se vio afectado por una incontinente fiebre reformadora, en muchos casos falta tanto de criterio como de técnica legislativa.

La sensación de desánimo entre los operadores jurídicos es grande. El aluvión de sucesivas reformas sucedidas durante 2015 no ha dado tiempo a poder asimilarlas convenientemente. Y, al propio tiempo, rige esa sensación de provisionalidad que no estimula el sosegado estudio que la materia requiere.

En este desolador contexto, los pasados 26 y 27 de noviembre de 2015, se celebraron en la Universidad de Barcelona unas *Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* que, por encargo de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez tuve el honor de dirigir. El hecho de que las jornadas

tuvieran como subtítulo *Memorial Prof. Dr. Serra Domínguez* facilitó, sin duda, una espléndida respuesta de la comunidad científica procesal. Las *Jornadas* reunieron así cerca de medio centenar de los más reconocidos expertos en materia procesal penal, desde Catedráticos y Profesores —no sólo de Derecho Procesal— de diversas universidades españolas, hasta Magistrados del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, Jueces de Instrucción y Fiscales, así como algunos de los abogados penalistas más reputados del foro. Al margen del magnífico cartel, las jornadas contaron asimismo con la participación de una excelente fila cero que dio lugar a debates francamente enriquecedores.

El presente volumen recoge las principales aportaciones de los participantes en las jornadas en memoria del Profesor Serra Domínguez. Sin ser un estudio sistemático o exegético de las diferentes reformas de 2015, contiene numerosas y muy valiosas reflexiones sobre todos los temas clave del *reformado* proceso penal. Atendiendo al explicado origen, no se han impuesto a los autores unas rigurosas normas de estilo. Al contrario, se ha pretendido que cada autor pueda expresar libremente sus puntos de vista —originarios y en muchas ocasiones enriquecidos con los debates habidos durante las jornadas—, sin necesidad de encorsetarse estrictas normas editoriales.

Decía antes que el desolador panorama no invita precisamente al estudio, pero ínterin ese prometido nuevo Código Procesal Penal pueda llegar a ver algún día la luz, los juristas, teóricos y prácticos, no podemos desfallecer en el estudio y reflexión de la, en algunos puntos caótica, normativa hoy vigente.

Esperemos que este volumen pueda contribuir a dicho objetivo. Para ello no me queda sino agradecer a todos los autores y participantes de las jornadas por sus atinadas reflexiones y a los Patronos de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez (Profs. Ramos Méndez, Prat Rubí y Pérez Daudí) por la confianza depositada al encargarme la dirección de las jornadas y de este posterior volumen recopilatorio.

Si alguna de las reflexiones contenidas en esta obra puede servir para facilitar la labor de cualquier operador jurídico y/o para ilustrar mínimamente al futuro legislador, el esfuerzo habrá sin duda merecido la pena.

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.
Director de las *Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez.*

El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. La reforma procesal penal de 2015: un cóctel de difícil digestión. 2. Las sucesivas leyes reformadoras. 3. Sobre la deficiente técnica legislativa. 4. Análisis crítico de las principales reformas. 4.1. Fortalecimiento de las garantías procesales. 4.2. Las medidas de investigación tecnológica. 4.3. La sustitución del término imputado por los de investigado y encausado. 4.4. Limitación de los plazos de la instrucción. 4.5. Otras medidas de agilización de la justicia penal. 4.6. La reforma del régimen de recursos. 5. Conclusión final.

1. La reforma procesal penal de 2015: un cóctel de difícil digestión

Valorar reformas procesales recientes plantea siempre la dificultad de la falta de perspectiva. Sólo cuando las nuevas previsiones llevan ya algunos meses de aplicación efectiva puede valorarse adecuadamente si se han alcanzado o no —o en qué medida se han alcanzado— los objetivos perseguidos por el legislador.

Valorar la reforma procesal de 2015 resulta aún más difícil por cuanto, como es sabido, a lo largo del año recién acabado, el legislador modificó hasta en siete ocasiones consecutivas nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal. Siete leyes de reforma parcial, obedientes por tanto a una pluralidad de propósitos o motivaciones, como se desprende de la lectura de los distintos preámbulos legislativos.[1]

1. De un tiempo a esta parte, nuestro legislador ha abandonado la tradicional denominación de «*Exposición de Motivos*», sustituyéndola por la de «*Preámbulo*». Sea cual sea el *nomen iuris*, conviene que el legislador explicite los motivos que le llevan a reformar una ley, es decir, los objetivos que pretenden conseguirse con la nueva regulación. Hoy en

En efecto, la todavía vigente[2] Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, ha sido modificada en siete ocasiones durante el año 2015, a través de las siguientes leyes:

— *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.[3]
— *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*.[4]
— *Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales*.[5]
— *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*.[6]
— *Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*.[7]
— *Ley Orgánica 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*.[8]
— *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*.[9]

Valorar la reforma procesal de 2015 se traduce así en valorar un variado abanico de reformas contenido en siete leyes distintas todas ellas reformadoras[10] de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal.[11]

---

día, algunos preámbulos no cumplen suficientemente esa finalidad, limitándose en ocasiones a contener un resumen del contenido articulado o, incluso, un autoensalzamiento de la obra legislativa.

2. Aunque reformada en multitud de ocasiones, a fecha de hoy sigue como es sabido vigente la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

3. Publicada en el BOE de 31 de marzo de 2015.

4. Publicada en el BOE de 27 de abril de 2015.

5. Publicada en el BOE de 28 de abril de 2015.

6. Publicada en el BOE de 29 de julio de 2015.

7. Publicada en el BOE de 22 de septiembre de 2015.

8. Publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015.

9. Publicada asimismo en el BOE de 6 de octubre de 2015.

10. Principal o tangencialmente.

11. Y cabe aún añadir que, como más adelante veremos, durante 2015 se han reformado asimismo otras distintas leyes procesales penales.

Alguno de los Preámbulos de las leyes reformadoras de 2015 (en concreto los de la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015),[12] aluden expresamente a la cuestión en los siguientes idénticos términos:

> «*La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometida a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal.*»

El legislador reconoce pues, expresamente, que las reformas operadas no son sino un *parcheo* provisional a la espera del futuro *Código Procesal Penal*.

Así las cosas, la primera reflexión crítica sobre las reformas de 2015 debe ser necesariamente negativa por simples razones de técnica legislativa. Reformar en el último tramo de la legislatura[13] una ley «más que centenaria»[14] porque no se ha obtenido el «amplio consenso»[15] requerido para aprobar un *Código* de nueva planta demuestra, en primer lugar, el fracaso de labor prelegislativa acometida durante prácticamente toda la Legislatura.[16] Aceptemos sin embargo que dicho fracaso es esencialmente un fracaso político[17] y que, por ende, la deficiente técnica legislativa no puede afirmarse por ese simple motivo.

Cierto es asimismo que cada una de las reformas operadas tiene su propia explicación.

---

12. Sin duda, las más importantes reformas operadas a lo largo del año 2015.

13. Recuérdese que la X Legislatura abarcó desde el 13 de diciembre de 2011 hasta el 27 de octubre de 2015. Las siete reformas de la LECrim aquí comentadas se produjeron pues en los últimos ocho meses de la Legislatura.

14. Dicción literal, como hemos visto, tanto de la Ley Orgánica 13/2015 como de la Ley 41/2015.

15. En dicción asimismo literal de las dos Leyes recién citadas.

16. Recuérdese que la *Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, fue constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, es decir, en los primeros tres meses de la X Legislatura.

17. Pues obviamente correspondía al Gobierno y al Grupo Parlamentario que le daba soporte (con mayoría absoluta, recordemos) obtener ese amplio consenso sobre la propuesta elaborada por la comisión de expertos.

2. Las sucesivas leyes reformadoras

Así, la primera de las leyes reformadoras, la Ley Orgánica 1/2015, tenía por objeto reformar el Código Penal, pero su Disposición Final Segunda modifica asimismo el artículo 14 LECrim (competencia objetiva), el artículo 105 (en relación con los delitos perseguibles a instancia de la persona agraviada), los artículos 367 *ter* a *septies*[18] (en relación con la destrucción o realización de efectos intervenidos), diversos artículos comprendidos en el Libro VI (arts. 962 a 977 en relación con los delitos leves[19]), así como el artículo 990 (confiriendo a los órganos recaudatorios de la Hacienda Pública y la Seguridad Social facultades investigadoras en sede de ejecución de sentencias). Como veremos, muchas de sus reformas van mucho más allá de los ajustes procesales exigidos por la reforma del Código Penal.

La Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, en consonancia con el haz de derechos reconocidos a las víctimas de delitos, modifica diversos preceptos de la LECrim a través de su Disposición Final Primera, cuya rúbrica reza textualmente «*Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*». Pues bien, a los efectos que ahora nos ocupan, baste señalar que el plazo para la transposición de la citada Directiva finía en fecha 16 de noviembre de 2015,[20] es decir, con posterioridad a las dos últimas y más importantes modificaciones de la LECrim operadas en 2015, que ya se hallaban en tramitación parlamentaria.[21]

La tercera de las leyes reformadoras de 2015, la Ley Orgánica 5/2015, tenía asimismo por objeto transponer a nuestro ordenamiento dos Directivas europeas. En primer lugar, la *Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, cuyo

---

18. En un intento de aprovechar sin romper las estrechas costuras de antiguas leyes, el legislador se ha acostumbrado a esta anómala *numeración* de nuevos preceptos.

19. Consecuencia de la supresión de las faltas en el Código Penal.

20. Art. 27 de la Directiva 2012/29/UE.

21. El Proyecto de Ley de la futura Ley 41/2015 ya había sido presentado por el Gobierno en fecha 13 de marzo de 2015 [Cfr. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. (121/000138). Consultable en línea en:
http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000138*.NDOC.%29].

plazo de transposición había vencido ya el 27 de octubre de 2013.[22] Y, en segundo lugar, la *Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales*, cuyo plazo de transposición había también finido con anterioridad a 2015.[23] Para cumplir con el mandato europeo, el legislador español debió pues haber reformado la LECrim en 2013 y 2014.[24] Incumplido el plazo dispuesto, bien podía esperarse a la ya en tramitación principal reforma operada por las que luego serían la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, ambas de 5 de octubre.[25]

La cuarta modificación fue la operada a través de la Ley 34/2015, de modificación de la Ley General Tributaria. Su Disposición Final Primera añade cuatro nuevos artículos a la LECrim introduciendo diversas especialidades aplicables a los delitos contra la Hacienda Pública,[26] por cierto con una pésima técnica legislativa.[27] Aun cuando la técnica no sea novedosa, sino costumbre ya inveterada de nuestro legislador, no deja de ser disfuncional que las leyes procesales sean objeto de modificación puntual a través de las más variadas leyes materiales.

La quinta —y más desapercibida— modificación se produjo por mor de la Disposición Final Duodécima de la Ley 26/2015, que añadió una nueva Disposición Adicional Quinta a la LECrim estableciendo reglas relativas a la comunicación de determinados homicidios dolosos entre parientes a los institutos públicos de previsión social.

Por último, la sexta y séptima modificaciones operadas por el legislador de 2015, mediante la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, ambas de fecha 5 de octubre en la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, tienen por objeto aquellas diversas cuestiones que, según la explicación preambular del legislador, «resulta preciso afrontar de inmediato»[28] habida cuenta de que «no pueden aguar-

22. Art. 9 de la Directiva 2010/64/UE.

23. Concretamente, en fecha 2 de junio de 2014, conforme dispone el art. 11 de la Directiva 2012/13/UE.

24. O en cualquier momento anterior a la finalización de los respectivos plazos establecidos.

25. Que, como se ha dicho, se hallaban en tramitación desde el 13 de marzo de 2015.

26. Son los nuevos arts. 614 bis, 621 bis, 621 ter y 999 LECrim.

27. Así, a modo de ejemplo, aún cuando todos los preceptos creados tienen por objeto introducir determinadas especialidades en la tramitación de los Delitos contra la Hacienda Pública, sólo dos de ellos se incluyen en el nuevo Título X bis del Libro II («De las especialidades en los Delitos contra la Hacienda Pública»), llevando los dos restantes a las ubicaciones correspondientes a su contenido (al Tít. IX del Libro II sobre «Fianzas y embargos» el nuevo 614 bis y al Libro VII rubricado «De la ejecución de sentencias» el nuevo 999). El nuevo art. 614 bis efectúa una confusa remisión al «juez de lo penal» para referirse al «Tribunal competente» como sí hace el nuevo art. 999, mientras que el 621 bis se refiere indistintamente al «Juez» (art. 621 bis.1) o al «Juez o Tribunal» (art. 621 bis.2).

28. Inciso final del idéntico primer párrafo del apartado I del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015 y de la Ley 41/2015.

dar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal».[29]

Más adelante haremos referencia a su variado contenido. A los efectos que ahora nos ocupan, baste con denunciar de nuevo la más que cuestionable técnica de trocear una misma reforma en dos diferentes instrumentos legislativos, de carácter orgánico uno y de carácter ordinario el otro, en función del concreto contenido regulado. La técnica es sin duda distorsionadora, amén de absolutamente innecesaria. Baste recordar al efecto, a modo de ejemplo, que el propio legislador de 2015, sigue un proceder distinto por ejemplo en la citada Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, cuya Disposición Final Séptima, establece, sin óbice de ninguna clase, que algunas de sus disposiciones tiene carácter de ley ordinaria.[30]

Por otra parte, aun cuando algunas de las medidas legislativas merezcan una valoración positiva[31] —afirmación que desgraciadamente no puede efectuarse con carácter general respecto de todas las materias reformadas—,[32] la pretendida imperiosa necesidad de «*afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas»,*[33] resulta más que cuestionable.

3. Sobre la deficiente técnica legislativa

Las leyes procesales son como mecanismos de relojería en los que el reajuste de cualquier pieza incide en toda la completa maquinaria. Su funcionamiento requiere además una adecuada asimilación por parte de los diversos operadores jurídicos —jueces y magistrados, fiscales, abogados, procuradores, policías, forenses, intérpretes, peritos, y un largo etcétera—. Aun cuando determinada reforma de la regulación de alguna concreta institución pueda resultar conveniente, los ajustes procesales deben dosificarse de forma que puedan ser adecuadamente asimilados por la práctica forense. Así las cosas, cuantas menos leyes de reforma, mejor, y cuanta mayor *vacatio legis*, mejor.

---

29. *Ibidem.* Ver nota anterior.

30. De hecho, el Consejo de Ministros, aprobó, en fecha 5 de diciembre de 2014, un único *Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, después dividido en dos proyectos de ley.

31. Valgan, a modo de ejemplo, y obviando ahora mayor profundización, la reforma de la revisión o la no remisión de atestados sin autor conocido.

32. Obviando asimismo ahora mayor profundización, valga citar la cuestionable regulación de los plazos máximos de la instrucción o las excesivas facultades atribuidas a órganos gubernativos en materia de investigación tecnológica.

33. Con la promulgación del nuevo Código Procesal Penal. Vid., de nuevo, *Preámbulo* de la L.O. 13/2015 y de la L. 41/2015, apartado I.

La vorágine reformadora de 2015 no ha respetado ninguno de ambos postulados. Como ya se ha dicho, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido reformada siete veces. Pero además, las diversas leyes reformadoras han modificado también otras diversas leyes de carácter procesal:

— La Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto.[34]
— La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.[35]
— La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.[36]
— La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.[37]

Y añádase aún la modificación de normas de carácter procesal contenidas en el Código Penal,[38] o la modificación de otras normas materiales.[39]

Por lo que respecta a las previsiones en materia de *vacatio legis*, no ha existido tampoco una política legislativa coherente.

— Las modificaciones operadas a través de la reforma del Código Penal preveían una *vacatio legis* de tres meses.[40]
— Las modificaciones contenidas en el Estatuto de la víctima contemplaban una *vacatio* de seis meses.[41]

---

34. Modificada mediante la Disp. Final Primera de la L.O. 1/2015 (de reforma del Código Penal), con el objetivo de que semestralmente deba comparecer ante la Comisión de Justicia del Congreso un alto cargo del Ministerio de Justicia para informar sobre los indultos concedidos y denegados.

35. Mediante la Disp. Final Primera de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, para adaptar la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles del orden penal (art. 23 LOPJ) a esa segunda reforma del mismo día del Código Penal (ambas Leyes Orgánicas se publican en el mismo BOE de 31 de marzo con numeraciones correlativas). El art. tercero de la Ley Orgánica 5/2015 modificó el art. 231.5 de la LOPJ con respecto a la habilitación como intérprete en las actuaciones orales o en lengua de signos. Por fin, la Disp. Final Primera de la Ley Orgánica 13/2015 modifica de nuevo diversos preceptos de la LOPJ para adaptar las atribuciones de diversos órganos judiciales a las modificaciones procesales (p. ej. en materia de decomiso autónomo).

36. Disp. Final Tercera de la L.O. 1/2015, para adaptar las remisiones efectuadas al modificado Código Penal.

37. Con respecto al reconocimiento de las resoluciones extranjeras europeas de decomiso. Disp. Final Cuarta de la L.O. 1/2015.

38. Por ejemplo, en materia de costas procesales.

39. Como la Ley Hipotecaria, cuyo art. 20 (en materia de anotaciones preventivas) es modificado por la Disp. Final Primera de la Ley 41/2015.

40. La L.O. 1/2015 se publicaba el 31 de marzo y se preveía la entrada en vigor para todas sus disposiciones, incluidas las de carácter procesal, para el siguiente 1 de julio (Disp. Final Octava de la L.O. 1/2015).

41. Disp. Final Sexta de la Ley 4/2015, publicada el 28 de abril. La entrada en vigor se previó pues para el día 28 de octubre de 2015.

— La Ley 5/2015, de transposición de Directivas,[42] previó una *vacatio* de un mes para alguna de sus disposiciones y de seis meses para el resto.
— La Ley 26/2015, de protección a la infancia y la adolescencia, preveía la entrada en vigor a los veinte días de su publicación.[43]
— Las modificaciones introducidas en la LECrim por la Ley 34/2015, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, entrarían en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE.[44]
— La Ley Orgánica 13/2015, previó una *vacatio* de dos meses desde su publicación para algunas de sus disposiciones[45] disponiendo que otros preceptos entrarían en vigor el día 1 de noviembre de 2015.[46]
— Y, en consonancia con la regla general de la simultánea Ley Orgánica 13/2015, la Ley 41/2015 previó una *vacatio legis* de dos meses.[47]

Esto significa que durante 2015 han existido 8 sucesivas versiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

— 1ª versión Desde el 1 de enero hasta el 28 de mayo, fecha de entrada en vigor parcial de la Ley 5/2015 (de transposición de Directivas).
— 2ª versión Desde 28 de mayo hasta el 1 de julio, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 (de reforma del Código Penal).
— 3ª versión Desde el 1 de julio hasta el 18 de agosto, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2015 (de protección a la infancia y adolescencia).
— 4ª versión Desde el 18 de agosto hasta el 12 de octubre, fecha de entrada en vigor parcial de la Ley 34/2015 (de reforma de la LGT).
— 5ª versión Desde el 12 de octubre hasta el 28 de octubre, fecha de entrada en vigor de la Ley 4/2015 (Estatuto del víctima) y parcial de la Ley Orgánica 5/2015 (de transposición de Directivas).
— 6ª versión Desde el 28 de octubre hasta el 1 de noviembre, fecha de entrada en vigor parcial de la Ley Orgánica 13/2015.
— 7ª versión Desde el 1 de noviembre hasta el 6 de diciembre, fecha de entrada en vigor parcial de la Ley Orgánica 13/2015 y de la Ley 41/2015.
— 8ª versión Y, por fin, desde el 6 de diciembre hasta el fin del año 2015.

---

42. Publicada el 28 de abril de 2015. Vid Disp. Final Cuarta. Unas disposiciones entrarían pues en vigor el 28 de mayo y otras el 28 de octubre.

43. Disp. Final Vigesimoprimera. La Ley 26/2015 se publicó en el BOE de fecha 29 de julio. Su entrada en vigor se produjo pues en fecha 18 de agosto de 2015.

44. La Ley 34/2015 se publicó en el BOE de 22 de septiembre por lo que su entrada en vigor (general) se produciría el 12 de octubre de 2015.

45. Es decir, el 6 de diciembre de 2015, al haberse publicado la Ley en el BOE de 6 de octubre.

46. Vid. Disp. Final Cuarta de la Ley Orgánica 13/2015.

47. Esto es, de nuevo, el 6 de diciembre de 2015. Vid. Disp. Cuarta de la Ley 13/2015.

Visto este auténtico galimatías no puede sino afirmarse que el aluvión de sucesivas modificaciones legislativas producidas durante 2015 ha sido un auténtico despropósito, con grave detrimento de la más elemental seguridad jurídica por la imposibilidad de asimilación por la práctica forense de las constantes y muy variadas reformas. El desánimo de los operadores jurídicos, desbordados por las atropelladas reformas, sin capacidad no ya sólo de asimilación sino incluso de pausada lectura, ha sido palpable en el estresante año legislativo que hemos dejado atrás.[48]

4. Análisis crítico de las principales reformas

Excede el propósito del presente trabajo analizar en profundidad el contenido de las muy diversas reformas operadas.[49] Como se ha dicho, simplemente enumerarlas todas es ya una ardua labor. A los efectos que aquí nos ocupan, bastará pues con efectuar algunas reflexiones críticas respecto de algunos de los puntos más controvertidos de las reformas producidas.

4.1. Fortalecimiento de las garantías procesales

Diversas de las medidas reformadoras operadas han tenido por objeto fortalecer las garantías procesales del imputado y, por ese solo motivo, merecen ya

---

48. Piénsese además que muchos operadores jurídicos «todoterreno» —habituales en los partidos judiciales de más reducido tamaño— debieron afrontar no sólo las reformas del proceso penal, sino también las del proceso civil, jurisdicción voluntaria, legislación concursal, justicia gratuita, amén de las también muy numerosas reformas de carácter material. En Jornadas y Seminarios realizados durante los últimos meses ha sido habitual escuchar el lamento de muchos operadores jurídicos, especialmente Abogados, ante tal diluvio de reformas. Algunos decían jocosamente —o quizás no tanto— que no sabían ya si seguir reciclándose o volver a las aulas a cursar de nuevo la carrera de Derecho.

49. Afortunadamente, además de algunas obras generales, empiezan a proliferar diversos estudios doctrinales específicos sobre las distintas materias reformadas, como los seleccionados en el volumen colectivo (dir. por Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona, Atelier, 2016) recopilatorio de las principales contribuciones efectuadas a las *Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez*, celebradas en la Universidad de Barcelona los pasados 26 y 27 de noviembre de 2015, y que tuve el honor de dirigir, por encargo expreso de los Patronos de la *Fundación Privada Manuel Serra Domínguez.* Entre las obras que tienen por objeto analizar las reformas de 2015 cabe destacar Marchena Gómez, M., González-Cuéllar serrano, N., *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, ed. noviembre 2015; Jaen Vallejo, M., Perrino Pérez, Á.L., *La Reforma Procesal Penal de 2015*, Ed. Dykinson, 2015; y Muerza Esparza, J., *Las Reformas Procesales Penales de 2015: Nuevas Medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia Penal*, Ed. Aranzadi, 2015. Entre los Manuales universitarios adaptados a las reformas de 2015, cabe asimismo destacar los de Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, ed. 2015; Asencio Mellado, J.M., Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, ed. 2015; Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Madrid, ed. 2015, y, del mismo autor, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, ed. 2015; Montero Aroca, Gómez Colomer, Barona Vilar, Esparza Leibar, Etxebarria Guridi, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 23ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, octubre 2015; y Tome García, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Colex Editorial Constitución y Leyes, ed. 2016. Igualmente interesante la colección de trabajos de diversos autores publicados en el libro colectivo, dirig. por Nieva Fenoll, Bujosa Vadell, *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal,* Atelier, Barcelona, 2016.

una valoración positiva. Cierto es que algunos de los preceptos reformados tienen un carácter más pedagógico que estrictamente normativo; sin embargo, cualquier avance en la indicada dirección es sin duda positivo. Especial mención merece al respecto la previsión contenida en el plurireformado artículo 520 LECrim,[50] cuyo apartado 1 prevé, desde la Ley Orgánica 13/2015, que la detención y prisión provisional deberán practicarse[51] velando por los derechos constitucionales al honor, la intimidad e imagen de los detenidos o presos.[52] Aun cuando la previsión normativa es si duda positiva, aunque sea a los solos efectos pedagógicos, es de lamentar que el legislador no haya adoptado garantías concretas para asegurar el efectivo respeto a los citados derechos.[53]

4.2. Las medidas de investigación tecnológica

Un conjunto importante de reformas, básicamente contenidas en la Ley Orgánica 13/2015, ha tenido por objeto regular de forma más eficaz la instrucción especialmente en el ámbito de la investigación tecnológica. El estudio pormenorizado de la nueva regulación de las distintas diligencias de investigación tecnológica (intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registro remoto de equipos informáticos)[54] merece sin duda un extenso análisis que escapa a la finalidad del presente trabajo. Estimándose en líneas generales satisfactoria la nueva regulación, que viene a colmar importantes lagunas inconcebibles ya en nuestro tiempo, conviene señalar la atención sobre algunos pocos aspectos puntuales.[55]

En primer lugar, debe lamentarse que las disposiciones comunes a las citadas diligencias de investigación tecnológica[56] y muy en particular la enumeración

---

50. El art. 520 LECrim fue reformado por la Ley Orgánica 5/2015 y reformado de nuevo por la Ley Orgánica 13/2015.

51. Además de practicarse asimismo en la forma en que menos perjudique la reputación y patrimonio del detenido o preso.

52. Todos los ciudadanos tenemos demasiado frescas en la retina lamentables imágenes de detenidos de forma muy poco respetuosa con su honor y reputación.

53. Como es sobradamente conocido, la tramitación parlamentaria de la medida estuvo rodeada de polémica al haberse debatido inicialmente sobre la prohibición de informar de las detenciones o prisiones durante la fase instructora. La redacción finalmente aprobada positiviza el respeto al «derecho fundamental a la libertad de la información».

54. Arts. 588 ter a 588 septies.

55. Sobre la necesidad de colmar dichas lagunas, véanse, *per omnia*, las interesantes reflexiones efectuadas por el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, MARCHENA GÓMEZ, en MARCHENA, GÓNZÁLEZ-CUÉLLAR, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, cit*., págs. 174-198, y, especialmente, págs. 175-176.

56. Cfr. la rúbrica del Capítulo IV del Título VIII del Libro II de la LECrim.

de sus principios rectores[57] de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, no se hayan llevado al principio del Título VIII del Libro II, para hacerse así comunes, como debería ser, a todas las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución.[58] No tiene en efecto sentido que las diligencias de entrada y registro o detención de la correspondencia no se ajusten a idénticos principios, requisitos y procedimiento que el resto de medidas de investigación que asimismo colisionan con los mismos derechos fundamentales. Es además de prever que, aun cuando no sea directamente aplicables, las nuevas previsiones servirán asimismo de guía para colmar las lagunas en la regulación de las antecitadas.[59] Es por tanto una lástima que el legislador no lo haya previsto expresamente, cosa que, por otra parte, resultaba tan sencillo como situar los nuevos artículos 588 bis (letras a a k) al inicio del citado Título VIII del Libro II.

Resultan asimismo cuestionables las excepciones previstas a la imperiosa necesidad de la previa autorización judicial para proceder a llevar a cabo las medidas de investigación tecnológica en algunos supuestos.[60] Cierto es que, en todos los casos, la excepción se circunscribe a casos de urgencia,[61] pero, por principio, la limitación de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, debería quedar exclusivamente confiada a la autoridad jurisdiccional. Cabe al efecto recordar que el artículo 18.3 de la Constitución Española establece expresamente que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial», sin que en ningún caso se contemplen otras excepciones por razones de urgencia o gravedad de las conductas investigadas.[62] Además, algunas de las nuevas previsiones legislativas, como la contenida en el artículo 588 ter, letra d, apartado 3, LECrim que parte de la premisa de presuponer que la Secretaría de Estado de Seguridad será siempre más ágil o fiable que la autoridad judicial

57. Enunciados en el nuevo art. 588 bis, letra a, de la LECrim.

58. Rúbrica del citado Título VIII que, además de las anteriormente citadas, comprende también la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles y la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.

59. En el mismo sentido, Marchena, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, cit., págs. 173-174.

60. Por ejemplo, en los arts. 588 ter, d, 3, 588 quinquies, b, 3, o 588 sexies, c, 4.

61. Por cierto, con distintos requisitos en cada caso. Así, que se refiera a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, sólo se exige en el art. 588 ter, d, respecto de las intervenciones telefónicas y telemáticas, pero no en los restantes casos.

62. Véanse no obstante las interesantes argumentaciones contenidas en la muy reciente STS de 10 de marzo de 2016 (Stcia. 204/2016, Ponente Sr. Conde-Pumpido), especialmente Fundamentos de Derecho 12º a 15º. Aunque los hechos enjuiciados eran anteriores a la reforma, la Sentencia aplica los principios en ella contenidos —pues, como la propia Sentencia recuerda, constituyen la proclamación normativa de unos principios generales que tanto el Tribunal Constitucional como la propia Sala Segunda ya habían definido—, y casa la Sentencia al no apreciar justificadas las razones de urgencia que podrían haber en su caso justificado el registro de teléfonos móviles por parte de la policía sin haber solictado ni obtenido la correspondiente autorización judicial.

para luchar contra el terrorismo, suponen una desconfianza hacia los jueces impropia de la legislación de un Estado de Derecho.

Para acabar con las valoraciones críticas en este terreno, conviene asimismo hacer mención a la demasiado laxa regulación del hallazgo o descubrimiento casual contenida en los artículos 579 bis y 588 bis, letra i, LECrim. Si hasta ahora la jurisprudencia se había debatido entre primar la protección a los derechos constitucionales a la intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones cuando en el marco de una concreta investigación se producían hallazgo ajenos al objeto de la investigación y dar sólo excepcionalmente validez al hallazgo ponderando las concretas circunstancias de los hechos casualmente descubiertos,[63] la nueva regulación parece aceptar con demasiada amplitud el descubrimiento casual, primando pues la eficacia investigadora a cualquier otra consideración de carácter garantista con los derechos fundamentales. La nueva regulación debe pues ser valorada en este punto de forma negativa.

4.3. La sustitución del término *imputado* por los de *investigado* y *encausado*

Una de las reformas legislativas que más revuelo ha levantado es la relativa al cambio de denominaciones operado por la Ley Orgánica 13/2015 sustituyendo el vocablo imputado por los de investigado y encausado. De entrada, es sumamente ingenuo pretender que ese simple cambio de denominación produzca el deseado efecto de «*evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras*» hoy asociadas a la condición de imputado. Si la condición de *imputado* comporta hoy una indudable carga estigmatizadora, la explicación debe buscarse en una insuficiente cultura acerca del significado de la presunción de inocencia. La solución pasaría pues más por recuperar el espíritu originario de nuestro tradicional auto de procesamiento de suerte que la opinión pública[64] entendiera que ser llamado a declarar no supone más que una medida de investigación y que la causa sólo continuará contra el ya *procesado* si existen

---

63. Proporcionalidad, conexidad, gravedad, flagrancia. etc. El debate es ciertamente complejo. Al respecto pueden verse, *per omnia*, los estudios de Rifà Soler, J. M. «Entrada y registro en lugar cerrado», en AA.VV (dir. Abel Lluch, X., Richard González, M.), *Estudios sobre prueba penal volumen III: Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso*, La Ley, Madrid, 2013, págs. 115-121, y Planchadell Gargallo, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

64. Y muy en particular los medios de comunicación que con sus informaciones contribuyen significativamente a conformarla.

indicios racionales de criminalidad[65] en su contra. La solución se hallaba ya pues en nuestra centenaria Ley sin necesidad de tener que acudir a inventos terminológicos que no sólo no van a conseguir el efecto desestigmatizador pretendido, sino que además rompen innecesariamente con una larga tradición jurídica y doctrinal plenamente consolidada. Además, diga lo que diga el legislador, el sujeto al que se *imputa* la comisión de unos hechos aparentemente delictivos en el marco de un proceso penal, tendrá la situación de *imputado* sea o no ese el *nomen iuris* usado por el legislador. Sorprende sobremanera que ese auténtico dislate se haya perpetrado además siguiendo las recomendaciones de la denominada *Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico*,[66] por cuanto el nuevo término *investigado* no contribuye en absoluto a esa pretendida claridad jurídica.

4.4. Limitación de los plazos de la instrucción

También ha sido objeto de amplia controversia la limitación de los plazos de la instrucción contenida en el reformado artículo 324 LECrim. De entrada, limitar la duración de la instrucción penal me parece una medida positiva. Si el proceso penal es una pena en sí mismo,[67] parece prudente acotar el plazo máximo al que pueda someterse a un ciudadano a una investigación penal. Por otra parte, conviene recordar que una medida similar se implantó ya hace algunos años en materia tributaria al haberse limitado el plazo máximo de duración de una inspección tributaria.[68] Dicho esto, más discutible parece que la citada medida fuera de aquellas que era preciso «*afrontar de inmediato*»[69] por no poder «*aguardar*»[70] a ser resueltas a través del nuevo Código Procesal Penal que según parece reformará de forma radical todo el actual sistema de enjuiciamiento penal. En la actual situación de colapso de nuestra justicia penal, no parece en efecto viable que pueda sin más reducirse de modo tan significativo la duración de las instrucciones penales.[71] Y máxime cuando la

65. Según la gráfica dicción del art. 384 LECrim.

66. Vid. apartado V del Preámbulo de la L.O. 13/2015.

67. Recuérdese la conocida la frase de San Agustín, destacada por Carnelutti en su célebre obra *Las miserias del proceso penal*: «La tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura».

68. En un primer momento mediante el art. 29 de la ya derogada Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, regulación, actualmente, sustituida por las previsiones del art. 150 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que, por cierto, tras la experiencia de su aplicación práctica, ha ampliado los plazos previstos (así, el plazo general ha pasado de 12 a 18 meses).

69. Dicción literal, recordemos, de los en este punto coincidentes de la Ley Orgánica 13/2015 y de la Ley 41/2015.

70. *Idem* nota anterior.

71. Según las estadísticas oficiales, el plazo de duración promedio actual del conjunto de asuntos tramitados en los Juzgados de Instrucción es de 0,7 meses (cfr. Consejo General del Poder Judicial, *La Justicia dato a dato. Año 2015*,

Disposición Adicional Única de la Ley 41/2015 prevé expresamente que «*las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal*». Así las cosas, la citada medida, aún cuando pudiera ser en abstracto positiva, se estima altamente inconveniente en los términos y momentos en los que ha sido introducida. Si, como se teme, el sistema no puede absorber el impacto de tener que concluir de golpe miles de instrucciones el próximo 6 de junio de 2016,[72] el daño a la ya muy maltrecha imagen de nuestra justicia penal[73] será muy elevado.[74]

Por otra parte, la regulación positiva de la medida encierra demasiados interrogantes producto de una deficiente técnica legislativa, en particular en lo relativo a los requisitos para poder declarar la instrucción compleja, pues de una dicción literal parece que sólo procederá cuando obedezca a circunstan-

---

pág. 97. Archivo descargable en línea, en formato pdf, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato--ano-2015). Sin embargo, cualquier operador jurídico sabe perfectamente que hoy en día las instrucciones penales de causas medias —no excesivamente complejas, pero tampoco harto simples— suelen durar varios años. En efecto, como es obvio, las estadísticas actuales no resultan fiables por cuanto aún computan el significativo volumen de diligencias sin autor conocido que son abiertas y cerradas casi en unidad de acto, distorsionando así a la baja los promedios reales de duración de las instrucciones con actividad. Vid. al respecto mi trabajo Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*, ed. Bosch Editor, Barcelona, 2015, especialmente pág. 86 y nota 182.

72. Según el apartado 4 de la Disp. Transitoria Única de la L. 41/2015, el nuevo artículo 324 se aplicará también a los procesos ya en tramitación, considerándose a tales efectos el día de entrada en vigor de la ley (6 de diciembre de 2015) como día inicial para el cómputo de los plazo máximos de instrucción fijados.

73. En efecto, la justicia española adolece sin duda de un acuciante problema de mala imagen. Si, por ejemplo, analizamos los datos que nos ofrece el Eurobarómetro de la Unión Europea (Comisión Europea, *Flash Eurobarometer 385. Justice in the EU,* publicado en noviembre de 2013, sobre la base de entrevistas telefónicas realizadas en los meses de septiembre y octubre de 2013, que puede consultarse, en versión pdf, en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_385_en.pdf; un resumen del mismo puede asimismo consultarse, también en versión pdf, en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_385_sum_en.pdf), puede comprobarse que España no sale muy bien parada al situarse en los lugares de cola en la confianza de los ciudadanos con sus respectivos sistemas judiciales. Así, sólo un 34% de los encuestados responde que confía o tiende a confiar en el sistema judicial, frente a un 53% de media europea. Por el contrario, son un 64% los que desconfían o tienden a desconfiar del sistema, cuando la media europea se sitúa en el 43%. Es decir, mientras que en el conjunto de los veintiocho, los ciudadanos que confían en la justicia superan en diez puntos a los que no confían (53 frente a 43), en España la situación es inversa, situándose el porcentaje de ciudadanos que confían en el sistema 30 puntos por debajo de los que desconfían del mismo (34 frente a 64). Cfr. al respecto Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo, cit.*, págs. 128 y 186.

74. Han sido en efecto muy numerosas las críticas a la medida, que ha sido incluso tildada de «ley de punto final» para procurar la inmunidad de múltiples causas de corrupción que afectan dirigentes políticos. Ejemplo paradigmático de tales críticas el duro *Comunicado conjunto sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de fecha 15 de octubre de 2015, suscrito por las Asociaciones Jueces para la Democracia, Asociación de Fiscales, Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, Foro Judicial Independiente, Asociación Profesional e Independiente de Fiscales y Unión Progresista de Fiscales, que, tras analizar el texto legal, concluye con estas contundentes palabras: «*Es por lo tanto, una auténtica ley de punto final de la que va a resultar la impunidad de hechos delictivos que debieran ser castigados* […]». El citado documento puede consultarse en línea, por ejemplo, en la página de la UPF: http://www.upfiscales.com/2015/10/1437/.

cias *sobrevenidas* a la investigación,[75] y sobre si existe un límite máximo de prórrogas.[76]

4.5. Otras medidas de agilización de la justicia penal

Por el contario, las restantes medidas de agilización de la justicia penal merecen, en general, una valoración positiva. Valoración positiva merece así la reforma de las reglas de conexidad que, además de positivizar los principales criterios jurisprudenciales, al introducir una mucho mayor flexibilidad y arbitrariedad judicial, permitirá en el futuro evitar la inconveniente excesiva complejidad de los denominados macroprocesos y evitar las dilaciones hasta hoy derivadas de la acumulación de procesos iniciados separadamente.

Otro tanto cabe decir del nuevo régimen de remisión de atestados sin autor conocido que evitará una importante burocracia absolutamente inútil. No tenía en efecto sentido alguno remitir todos los atestados sin autor conocido para que, previo reparto, el juzgado tuviera que limitarse a registrarlos, incoarlos y archivarlos de forma prácticamente simultánea. Evitar ese inútil papeleo es sin duda una buena medida, sin merma de ningún derecho habida cuenta de las flexibles excepciones a la norma general de no remisión previstas en el propio artículo 284 LECrim. Efecto reflejo del anterior, como se ha indicado más arriba, será la mayor fiabilidad de las hasta hoy distorsionadas estadísticas sobre duración promedio de las instrucciones judiciales.[77]

E igualmente positiva es la valoración general que merece el nuevo proceso de aceptación por decreto o procedimiento monitorio penal regulado en los nuevos artículos 803 bis, letras a) a j). El procedimiento monitorio ha dado buenos resultados en otros ordenamientos como el italiano o francés y, *mutatis mutandi*, ha sido también beneficiosa su implantación en el proceso civil español. Aún cuando su regulación positiva no ha estado exenta de críticas[78] y es obvia-

---

75. Vid. Art. 324.1 LECrim.

76. Cosa que no queda en absoluto clara de los términos del apartado 4 del art. 324 LECrim.

77. Nota remisoria. En efecto, eliminando las llamadas «instrucciones sin actividad», es decir, todas aquellas relativas a diligencias sin autor conocido que son abiertas y cerradas casi en unidad de acto, distorsionando así a la baja los promedios reales de duración de las instrucciones con actividad, logrará dotarse de mucha mayor fiabilidad a las estadísticas.

78. Así, por ejemplo, Muerza Esparza, *La reformas procesales penales de 2015, cit*., págs. 108-110, tras poner de relieve que la regulación guardaba coherencia con el Anteproyecto de Código Procesal Penal que atribuía la instrucción al Ministerio Fiscal y potenciaba el principio de oportunidad, acaba concluyendo (pág 110) que «*la existencia de este proceso por aceptación de decreto, choca frontalmente con la concepción del proceso penal vigente*», o, en similares términos, Santos Martínez, A., «El proceso por aceptación de decreto», en el volumen colectivo dirig. por Alonso-Cuevillas Sayrol, *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015, cit.*, quien estima que con este procedimiento «*la instrucción del delito plantea un problema doctrinal que cuestiona la constitucionalidad de la opción del*

mente mejorable, el nuevo proceso monitorio penal que permite alcanzar conformidades durante la fase instructora, a buen seguro redundará asimismo en agilizar nuestra colapsada justicia penal.

4.6. La reforma del régimen de recursos

La reforma del régimen de recursos merece asimismo una valoración general positiva, aún cuando con algunos matices. Como es sabido, la casación, recurso hasta hoy previsto contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales,[79] habida cuenta de su carácter de recurso extraordinario, no aseguraba suficientemente el derecho de defensa ni, por descontado, el derecho a la doble instancia.[80] Así las cosas, la previsión contenida en el nuevo artículo 846 ter.2 LECrim de prever el recurso de apelación como medio impugnatorio general para la mayoría de las sentencias[81] debe valorarse positivamente. Lo mismo cabe decir respecto de la expresa prohibición de la *reformatio in peius* contemplada en el reformado artículo 792.2 LECrim; decretar la anulación de la previa sentencia absolutoria o condenatoria con devolución de la causa al órgano sentenciador es, por descontado, mucho más respetuoso con el derecho de defensa y en particular con el derecho a la doble instancia penal.

E igualmente positivo debe estimarse el permitir el acceso a la casación, aunque limitada a la infracción de ley, a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal,[82] ya que, de esta manera, el Alto Tribunal podrá también pronunciarse sobre múltiples cuestiones que hasta hoy tenía vedado el acceso a la casación. Es por ello de lamentar que no se haya aprovechado la oportunidad para implementar también la doble instancia en las causas contra aforados, juzgadas por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

---

legislador, por cuanto dictará sentencia el mismo Juez que ha instruido el delito». Respecto a su naturaleza jurídica, estima Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 713, que en realidad «*no nos encontramos ante un proceso penal monitorio, el cual requiere, en el Derecho comparado, la emisión por el Juez de una orden penal en la que se concreta al sanción, que si no es impugnada, deviene firme*», tratándose más bien de un «*proceso especial*» que «*puede finalizar por una sentencia de conformidad*».

79. Y tribunales de orden superior, es decir, Tribunales Superiores de Justicia y Sala Penal de la Audiencia Nacional.

80. Como bien es sabido, el Estado español ha sido reprendido en múltiples ocasiones por incumplir lo previsto en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». En el mismo sentido, vid. Muerza Esparza, *La reformas procesales penales de 2015, cit*., págs. 79-83.

81. Es decir, las dictadas por los Juzgados de lo Penal, las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional.

82. O Juzgados Centrales de lo Penal, previa apelación en ambos casos, ante la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional, respectivamente, conforme se desprende de la regulación contenida en el reformado art. 847.1.a).2º LECrim.

La reforma del recurso de revisión para dar respuesta a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales era una necesidad inaplazable, mereciendo por tanto una valoración igualmente positiva.[83]

5. Conclusión final

Como se ha dicho más arriba, las numerosas reformas operadas a través de las siete sucesivas leyes reformadoras de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal requieren un estudio mucho más detallado que el que estas breves páginas permiten.

Sin embargo, en una primera rápida aproximación se vislumbra ya que las diferentes reformas merecen una valoración desigual, francamente positiva en algunos casos y claramente censurable en otros.

Con carácter general debe empero destacarse la pésima técnica jurídica de nuestro incontinente legislador. Como se ha visto, a lo largo de 2015 han estado en vigor ocho versiones sucesivas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin que los operadores jurídicos hayan tenido tiempo de asimilar el alud de sucesivas y tan variadas reformas.

Esperemos ahora que el texto se consolide, la doctrina pueda estudiar con mayor detenimiento y profundidad el alcance de las distintas reformas y, especialmente, que la práctica forense pueda asimilar las nuevas normas vigentes y nuestros tribunales puedan asimismo ir perfilando los criterios que la aplicación de la nueva regulación exige.

83. Art. 954.3 LECrim.

Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)

Manuel Ortells Ramos
Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València

SUMARIO: 1. La razonable perplejidad de un observador atento. 2. La potestad de dirigir la investigación en el procedimiento preliminar.3. La potestad de acusar (reglada o discrecional) y el derecho de acusar. 4. Asistencia letrada al detenido y la defensa técnica del imputado en el procedimiento preliminar. 5. La restricción de derechos fundamentales por fines legítimos del proceso penal. 5.1. Restricción de derechos fundamentales y actos de investigación. 5.2. Restricción de derechos fundamentales y medidas cautelares y preventivas. 6. El deber de correlación de la sentencia con la acusación. 7. Materiales sobre los que puede fundar su convicción el tribunal del juicio. 8. Los recursos contra la sentencia. 9. Procedimientos simplificados para la resolución sobre la acción penal. 10. Los intentos (fracasados) de una nueva LECrim y lo que ha quedado de la propuesta de texto articulado de LECrim de 2013. 10.1. Lo que permanece y lo que cambia con la reforma de 2015. 10.2. ¿Una oportunidad perdida para atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal?

1. La razonable perplejidad de un observador atento

Un colega extranjero me preguntó recientemente cuál es el cuerpo legal que rige el proceso penal en España. Le dije que una Ley llamada de Enjuiciamiento Criminal promulgada en 1882. Se sorprendió porque es conocedor de la más que azarosa historia política de España desde el siglo XIX hasta hoy y porque, como no resulta difícil, es consciente de la implicación entre la estructura política de un Estado y su proceso penal. Me recordó la frase de J. Goldschmidt: «La estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su Constitución».[1] Le expliqué, entonces, la que es

1. GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1935, pág. 67.

opinión común; es decir, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) nació en el contexto de una España liberal y había sido, ya desde su origen, un texto legal profundamente respetuoso con las garantías procesales de la persona sujeta a un proceso penal. Mi colega, sin insistir, de momento, en que la criminalidad en la España del último cuarto del siglo XIX sería muy distinta a la que habrá ido siendo en el largo período posterior, me mostró su perplejidad acerca de que tan precioso cuerpo legal hubiera sobrevivido en tiempos del franquismo y de que, a diferencia de lo ocurrido con una ordenación procesal políticamente más neutra como la del proceso civil, en treinta y seis años de régimen democrático no hubiera sido sustituida por una nueva regulación del proceso penal.

Al intentar explicar ese fenómeno a mi colega, fui plenamente consciente de algo que ya sabía: el proceso penal español desde 1978 hasta el presente no puede ser ni conocido, ni entendido, sin la jurisprudencia de los altos tribunales, y no sólo la del Tribunal Constitucional, sino también la del Tribunal Supremo. Deber admitir eso produce perplejidad. En nuestro sistema jurídico la ley, incluida, como primera de ellas, la Constitución, es la principal fuente del Derecho. Además, si la ley, como no es infrecuente en la reguladora del proceso penal, trata de las condiciones de restricción de derechos fundamentales, debe ser ley orgánica, lo que rodea de una mayor garantía democrática la afectación de tales derechos. Por el contrario, el valor normativo de la jurisprudencia de los tribunales era, y continúa siendo, objeto de debate.

Es verdad que no han faltado reformas legales parciales. Sin embargo, incluso estas reformas han estado frecuente y diversamente relacionadas con la labor jurisprudencial. En muchos casos los tribunales han reconocido estar paliando la inactividad de los legisladores, hasta que, conscientes de los límites de esta técnica, han instado abiertamente, y hasta forzado, reformas legales específicas. En otros casos, importantes reformas legales han sido rectificadas por el TC, anulándolas o reinterpretándolas para salvar su constitucionalidad. En fin, algunas reformas han sido interpretadas y aplicadas por los tribunales optando, en unos casos, por la más estricta literalidad, y, en otros, por criterios interpretativos más laxos; en algunos casos esas opciones interpretativas son reveladoras de criterios de política jurídica que los tribunales explicitan más claramente que el propio legislador.

No es posible analizar todas las modificaciones experimentadas por el proceso penal español desde 1978 hasta la actualidad, pero se puede intentar una aproximación suficientemente ilustrativa de lo que acabo de decir. La configuración de un proceso penal se enfrenta siempre con unas cuantas cuestiones estructurales. En los apartados 2 al 9 del trabajo examinaré sintéticamente a cuáles de las mismas se han enfrentado legisladores y jueces, las dos fuerzas reformadoras del proceso penal de la democracia española, y cómo las han resuelto.

Los apartados que se acaban de mencionar están centrados en el estado de cosas anterior a las reformas parciales del proceso penal del año 2015. En el apartado final, me referiré brevemente a los intentos de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y al éxito, solo parcial, del último de ellos que ha dado lugar a diversas leyes promulgadas en 2015.

2. La potestad de dirigir la investigación en el procedimiento preliminar

En materia de dirección de la investigación que forma parte de lo que, muy neutramente, puede llamarse procedimiento preliminar, las intervenciones reformadoras han sido obra del legislador, pero han sido poco claras, erráticas y, en todo caso, parciales.

Un proceso penal requiere de una investigación previa para determinar si se puede acusar con suficiente fundamento, de qué y a quién; también para proporcionar base a las resoluciones que sea necesario adoptar sobre medidas cautelares y preventivas. El régimen normativo de esta materia no ha cambiado en lo sustancial en el período histórico considerado. Sigue siendo atribución de un juez, el juez de instrucción, dirigir y conducir esa investigación y dejar constancia de sus resultados.

El legislador abrió algunas brechas en esta solución tradicional en nuestro Derecho, pero los cambios no fueron suficientemente claros e incluso esa tendencia ha acabado por ser rectificada.

La L 10/1980, de 11 de noviembre, en su campo de aplicación, reservaba al juez la dirección de la investigación, pero la realización de gran parte de los actos que la integran se encomendaba a la policía.[2] La reforma de LECrim por LO 7/1988, de 28 de diciembre, estableció el proceso abreviado, en el que era posible distinguir entre dirección judicial de la investigación y realización por la policía y, además y principalmente, se autorizó que, por lo general, los actos de investigación fueran realizados sólo por el MF, sin ser necesaria su repetición por el Juez.[3]

---

2. Me ocupé de esto en Ortells Ramos, M., «El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre», en *Justicia*, 1984, número IV, páginas 775-824, especialmente en el apartado 6 del trabajo.

3. Traté de estas atribuciones del Ministerio Fiscal en la primera regulación del procedimiento abreviado, así como de los defectos en su regulación, en trabajos publicados separadamente y luego reunidos en una colección de estudios: Ortells Ramos, M., «El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales», en *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Editorial Comares, Granada, 1997, págs. 4-8; «Ministerio Fiscal y policía judicial en el proceso penal abreviado», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 65-78; «Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 103-117.

La reforma operada en LECrim por la L 38/2002, de 24 de octubre, y por la LO 8/2002, de 24 de octubre, produjo un desconcertante retroceso en la tendencia incoada a atribuir al MF competencia de dirección de los actos de investigación.[4]

El art. 773 LECrim, en la redacción de las leyes últimamente citadas, coincidía plenamente con las anteriores redacciones de los arts. 781 y 785 bis LECrim, de modo que parecía poderse concluir que no se habían producido cambios en el régimen de las diligencias de investigación del MF.

Esta primera impresión no es del todo exacta. En el régimen reformado del procedimiento abreviado se alteró la eficacia jurídica de los actos de investigación del MF, de un modo tal vez inconsciente.

La anterior redacción del art. 785 bis investía al MF del poder de practicar él mismo, o de ordenar a la policía judicial que practicara, «las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo». Esta disposición no podía entenderse referida a una instrucción de primeras diligencias, porque ni el contenido de la investigación se limitaba a lo establecido en el art. 13 LECrim, ni se establecía una referencia temporal perentoria para remitirla al juzgado.

A esta disposición se añadía la anterior redacción del art. 789.3, al principio, cuyo significado era, sin duda, el siguiente: si la investigación practicada por el MF, sólo precisaba ser complementada mediante una investigación judicial en el caso de que materialmente fuera insuficiente para fundar acusación, era porque, desde el punto de vista jurídico-formal, aquélla investigación formaba parte del material en que podían tener fundamento las resoluciones que debían ser dictadas en las diligencias previas y en la etapa intermedia, sin necesidad de repetición bajo la dirección de un Juez.

De las nuevas disposiciones del procedimiento abreviado, concretamente del conjunto de los actuales artículos 774-777, ha desaparecido la mención que hacía el antiguo artículo 789.3, párrafo primero, al caso en que las diligencias fueran insuficientes para formular acusación como justificativo de la procedencia de practicar diligencias judiciales adicionales. Tras la nueva redacción, unas diligencias judiciales suficientes serán siempre necesarias, cualquiera sea el contenido informativo del atestado policial y de las diligencias del MF. Como, por otra parte, también se deduce del actual art. 779, comparado con el an-

---

4. Sobre ésta, tal vez inconsciente, modificación, Ortells Ramos, M., «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido», en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, págs.17-21. De otra opinión, aunque también lamentando esta modificación legal, Fuentes Soriano, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 30-51.

terior art. 789.5. El primero, a diferencia del segundo, ha eliminado —en el contexto de los materiales que hay que tener presentes para dictar el «auto de clasificación»— la referencia a «cuando (las diligencias) no sean necesarias».

Sólo en el ámbito del proceso penal de menores, el legislador introdujo decididamente un cambio de modelo, encomendando al MF la potestad de conducir la investigación previa (arts. 6, 16 y 23 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

La opción por atribuir la conducción de la investigación del procedimiento preliminar al MF tiene una incidencia transversal sobre otras cuestiones estructurales de ordenación del proceso penal.[5] Impone una específica regulación de los actos de investigación cuya práctica requiera restricción de derechos fundamentales, porque la potestad de restringirlos está reservada constitucionalmente a los jueces. Si el MF no tiene el monopolio de la acusación, sino que otras personas o entidades tienen derecho a acusar, debe ser considerado el legítimo interés de los acusadores no oficiales en ejercitar su derecho con eficacia, lo que requiere que tengan acceso a una investigación que también sirva para fundamentar sus posiciones. De modo similar, debe cuidarse la regulación que garantice el derecho del imputado a desarrollar su defensa con eficacia ya en el procedimiento preliminar, lo que comporta que pueda contar con una investigación que también se extienda a los elementos exculpatorios.

Tras los trastabillantes pasos descritos más arriba y la aplicación al proceso penal de menores, el establecimiento claro de la dirección de la investigación por el MF de modo general en los procesos penales sigue siendo una de las cuestiones estructurales pendientes, como veremos en el apartado 10 de este trabajo.

3. La potestad de acusar (reglada o discrecional) y el derecho de acusar

Los legisladores no han modificado significativamente ninguno de los dos aspectos esenciales de la función de acusar en un proceso penal; a saber: si,

5. Lo relevante para aceptar o rechazar la opción de atribuir al MF la dirección de la investigación en el procedimiento preliminar es que se den soluciones correctas a los aspectos básicos del proceso penal que resultan afectados por el paso de las potestades de investigación de las manos de un juez a las del MF. Este es el criterio que hay detrás de mis aportaciones sobre la materia, que se reseñan y resumen en Ortells Ramos, M., «La configuración orgánica del MF y sus potestades en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2007, núm. 2, págs. 151-194; y, de manera aún más sintética, en el prólogo a Martín Pastor, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

siendo una potestad jurídico-pública, ha de ser reglada o discrecional, y si, además de esa potestad, debe existir un derecho a acusar de los particulares.

La anterior afirmación sólo necesita dos matices y de muy diferente entidad:

En primer lugar, el constituyente, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 CE, y el TC, al considerar que el derecho del ofendido por el delito a tener acceso como parte al proceso penal está comprendido en el contenido esencial del derecho fundamental,[6] establecen límites claros frente a intentos de atribuir al MF el monopolio de la acusación. Por otra parte, si bien es cierto que el modo en que el art. 125 CE se refiere a la acción popular no protege el derecho a ejercerla con la misma intensidad que el derecho a acusar del ofendido, la jurisprudencia empieza a jugar un papel decisivo cuando entra a examinar si el interés no individualizable invocado por el acusador involucra un interés personal del mismo, aunque esté compartido con otras personas, para concluir que, en tal caso, no hay una estricta acción popular, sino un derecho protegido por el art. 24.1 CE.[7]

Por otra parte, en el ámbito especial del proceso penal de menores, el legislador sí que ha introducido cambios radicales en los dos aspectos esenciales.Ha limitado la acusación no oficial al ofendido por el delito (arts. 4, pár. 3, y 25 L de Responsabilidad Penal de los Menores; en adelante, LRPM), excluyendo, en consecuencia la acción popular. Además, dentro de los límites establecidos por los arts. 18 y 19, la LRPM ha configurado la potestad de acusar del MF como una potestad discrecional, ajustada al que suele llamarse principio de oportunidad.

En el proceso penal en general, todo sigue sustancialmente como estaba en el plano de la regulación legislativa. Es decir:

1) La potestad de acusar del MF concurre con los derechos de acusar de quien esté legitimado como acusador particular y de quien cumpla los tradicionales mínimos requisitos para estar legitimado como acusador popular.

2) Como regla (muy) general, la potestad de acusar del MF es una potestad reglada. El MF que, constitucionalmente, ha de ejercer sus funciones «con sujeción, en todo caso, a los (principios) de legalidad e imparcialidad» (art. 124.2 CE), legalmente debe, según el art. 3.4 del Estatuto Orgánico del

---

6. Una buena síntesis de la jurisprudencia del TC sobre esta cuestión la ofrece JUAN SÁNCHEZ, R., «Las partes», en ORTELLS RAMOS, M., Tapia Fernández, I., dir. y coord., *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 185-191.

7. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 621-668; JUAN SÁNCHEZ, «Las partes», en ORTELLS RAMOS, M., TAPIA FERNÁNDEZ, I., dir. y coord., *El proceso penal*, cit., págs.192-197.

> Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) «ejercitar las acciones penales (…) dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda», y según el art. 105 LECrim, «tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada». Para que la potestad de acusar sea discrecional («principio de oportunidad») es necesario una norma expresa, que en nuestro Derecho sólo existe en el supuesto del art. 171.3 del Código Penal (en adelante, CP), para la clase de amenazas vulgarmente conocida como chantaje.[8]

A falta de reformas legales directas, el primero de los aspectos mencionados ha experimentado, desde hace algunos años, cambios importantes pero teñidos de la característica incerteza propia de su origen jurisprudencial. Me refiero a la eficacia jurídica de la acusación popular cuando su decisión de acusar no es acompañada por la del MF o por la de un acusador particular.

La lectura del Auto de 20 de diciembre de 2006, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (ARP 2007\145), cuyo recurso dio pie a la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1045/2007 de 17 diciembre (RJ 2007\8844), pudiera inducir a pensar que es atribuible al legislador, mediante la precisa mención de la acusación particular y sólo de ella en el art. 782.1 LECrim, un importante cambio limitador de los poderes procesales del acusador popular en el procedimiento abreviado. Y a esa misma conclusión podría llegarse tras el estudio de la STS antes mencionada.

No obstante, la motivación de al menos seis de los siete votos particulares que acompañan a la STS citada es muy convincente al explicar que la letra de esa disposición no es el único ni el principal elemento a tener en cuenta para entender producida una restricción de los poderes procesales del acusador popular y que el régimen legal de esos poderes había sido entendido de otro modo, tanto por sentencias del TS, como ampliamente por las Audiencias Provinciales.

Mi objetivo no es, ahora, valorar qué interpretación del art. 782.1 LECrim es la correcta, sino resaltar que la determinación de los poderes del acusador popular en el proceso penal español no puede ser explicada hoy prescindiendo de tomar como parámetro la STS 1045/2007 de 17 diciembre, en el llamado «caso

---

8. Recuérdese que ese precepto dispone que «Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años.En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados».

Botín», pero tampoco la STS, Sala de lo Penal, Pleno, 54/2008 de 8 abril (RJ 2008\1325), en el «caso Atutxa», que, como ya han determinado la STS, Sala de lo Penal, 8/2010 de 20 enero (RJ 2010\1268) y —aunque con importantes votos particulares— la STC 205/2013, de 5 diciembre (RTC 2013\205), no sería contradictoria con la primera, porque no versa sobre un caso en el que falta petición acusatoria de un acusador particular, sino sobre otro —relevantemente diferente según las STS 54/2008, STS 8/2010 y STC 205/2013— en el que no hay acusador particular en el proceso, bien por la naturaleza del delito, bien simplemente por no haberse personado quien estuviera legitimado.

Es decir, no habría *overruling*, sino *distinguishing*. En todo caso, no es a la ley a la que se mira para determinar los poderes procesales del acusador popular, dado que ésta se ha revelado insuficiente para definirlos, sino que se atiende a la doctrina jurisprudencial del TS, que el TC no ha considerado viciada de arbitrariedad o error patente, y cuyas hasta ahora diferentes formulaciones tampoco ha apreciado que sean lesivas del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Por lo que se refiere al segundo aspecto básico de la potestad de acusar, la falta de vigencia *lege data* del llamado «principio de oportunidad» tal vez está ocultando una práctica fiscal y judicial que, de hecho, se ajusta a ese principio y que ha crecido al amparo del régimen de la conformidad, en su versión potenciada por su regulación en el procedimiento abreviado por LO 7/1988, de 28 de diciembre, y por las posteriores reformas operadas por la L 38/2002, de 24 de octubre y LO 8/2002 de la misma fecha.

Al regularse el procedimiento abreviado en 1988 llamé la atención sobre un aspecto del nuevo régimen de la conformidad «difícilmente etiquetable, que se introduce en el art. 793.3, I LECrim de manera casi imperceptible y como si de una mera referencia procedimental se tratara, pero que a mi juicio persigue un importante objetivo: la posibilidad de modificar "a la baja" el escrito de acusación, antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, para que sea a esa acusación minorada a la que se preste conformidad»; y explicaba que si bien «lo único que establece la disposición es esa posibilidad de modificación de la acusación. Pero, por el momento en que ello se produce, por los límites de la modificación (a la baja), conexión con la conformidad y ausencia de otra justificación razonable (no se han producido nuevas investigaciones que puedan alterar el fundamento de la acusación), resulta evidente que la teleología de la disposición es la de facilitar la obtención de la conformidad. Se supera la rigidez del régimen

de la LECrim sobre la conformidad y se ponen los medios para una negociación de los acusadores —particularmente del Ministerio Fiscal— sobre ella».[9]

Aunque la disposición no atribuía al MF ninguna discrecionalidad sobre los criterios de fondo a los que debía ajustarse el alcance de su acusación, la regulación parecía dar alas a una discrecionalidad de hecho. Precisamente por ser una «discrecionalidad de hecho», la misma no alcanzaría a no acusar, ni a dejar de hacerlo bajo condición de que el sujeto pasivo posible de la acusación cumpliera determinados deberes, sino que estaría limitada a modular «a la baja» la gravedad de la acusación.

Esta introducción de cierta discrecionalidad en la delimitación del alcance de la acusación no puede decirse que haya sido una creación jurisprudencial, pero sin duda es un cambio en el modo de aplicar el Derecho penal que no se ha producido mediante una explicita habilitación legal al MF para que module la amplitud de la acusación, sino dejando abierto un ámbito de decisión para el MF, que solo puede controlarse desde dentro del propio MF y no externamente por el juez en atención a un parámetro de legalidad. El control externo por el juez no alcanza a proteger las exigencias de la legalidad en toda su amplitud, sino que solo puede operar como límite del exceso y no como imposición de un mínimo de condena que el juez pueda considerar debido, salvo que la acusación de un acusador particular o popular de cobertura a ese mínimo.[10]

4. Asistencia letrada al detenido y la defensa técnica del imputado en el procedimiento preliminar

Los legisladores han llevado la iniciativa en la regulación de la defensa técnica del imputado durante el procedimiento preliminar, sin esperar, por tanto, a que adquiera la condición formal de acusado. No obstante, los jueces han tenido también intervenciones muy relevantes en esa materia y en dos formas distintas. Por un lado, estableciendo jurisprudencia, como es el caso de la STC, Pleno 186/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990\186). Por otro lado, mediante la práctica judicial, dado que los tribunales ordinarios han estado encargados, en gran medida, de especificar la participación de la defensa del imputado en

9. Ortells Ramos, M., «El nuevo procedimiento penal abreviado», cit., pág. 15. También, y con cita de otros muchos autores, Mira Ros, C., *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998, págs. 197-206; Aguilera Morales, M., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 131-147.

10. Es cierto que el art. 787.3 LECrim establece un control por parte del juez de que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y que si el acusador que sostiene la acusación de referencia (la más grave) no la modifica, el juez deberá ordenar la continuación del juicio. No obstante, si se atiende al régimen de la correlación que establece el art. 789.3, me parece evidente que semejante incorrección o improcedencia solo darán lugar a lo previsto por el art. 787.3 si el juez considera que la calificación y la pena son incorrectas por exceso, pero no si lo son por defecto.

esa etapa, porque el legislador se ha limitado a establecer un régimen muy genérico, salvo en algunos supuestos.

En la redacción originaria de LECrim, solo desde el procesamiento podía designarse abogado; cualquier otra forma de imputación era irrelevante a este efecto. Por otra parte, la defensa técnica solo era preceptiva desde el traslado de la causa para calificación provisional.

De modo simultáneo al debate parlamentario de la Constitución, y pocos días antes de la aprobación de la misma en referéndum, fue promulgada la L 53/1978, de 4 de diciembre, que reformó disposiciones de LECrim, precisamente para adaptar preventivamente la ley procesal a los que iban a ser imperativos constitucionales. En efecto, la CE, en esta materia, establece una garantía de asistencia de abogado al detenido (art. 17.3 CE) y también reconoce un derecho fundamental a la defensa y asistencia de abogado (art. 24.2 CE).

La L53/1978 estableció normas para desarrollar esos dos contenidos constitucionales. En cuanto al primero de ellos, mediante una nueva redacción del art. 520 LECrim, reguló la asistencia de abogado respecto del imputado que se hallara en situación de detención. En cuanto a la defensa por abogado en la instrucción, una nueva redacción del art. 118 LECrim dejó claro que el derecho de defensa, con asistencia de abogado, podía ser ejercitado desde el momento de la imputación, sin necesidad de esperar a la formalización de ésta mediante el auto de procesamiento, ni menos al acto de acusación y, además, reguló la participación de la defensa técnica del imputado en los actos del procedimiento preliminar con gran amplitud, pero en términos muy genéricos[11] —salvo la precisión de las normas sobre declaración de secreto de actuaciones—, de modo que deja un amplio campo a la discrecionalidad de los jueces de instrucción.

El régimen del abogado del imputado y su actuación en el procedimiento preliminar ha tenido una larga y compleja evolución después de la L 53/1978. En esa evolución se ha puesto de manifiesto la diferencia —y también la aproximación— entre la función del abogado de asistir al detenido y su función, más amplia, de defender los derechos e intereses del imputado en esta etapa del proceso (evitar medidas cautelares o reducir su gravedad, conseguir la revocación de la imputación y evitar la apertura de juicio y ser acusado en el mismo), se ha transitado, dubitativamente, entre la configuración de la defensa técnica

11. Así, según la redacción dada al art. 302, «Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento», con las limitaciones derivadas del régimen de declaración de secreto; según el art. 313, «El juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, s no las considera inútiles o perjudiciales».

como un derecho del imputado y su consideración como un presupuesto de validez de las actuaciones, y se ha avanzado, al menos parcialmente, hacia una mayor precisión legal de la participación de la defensa del imputado en los actos del procedimiento.

El siguiente es un repaso sintético de los hitos fundamentales de esa evolución.

1) Una reforma de 1983 (LO núm. 14/1983, de 12 de diciembre), mediante una nueva redacción del art. 520, dispuso que la defensa técnica a través de abogado fuera requisito preceptivo para la validez de determinados actos del procedimiento preliminar realizados con el imputado en situación de privación de libertad: los de recepción de su declaración y los de reconocimiento de su identidad. Esta acotación demostraba que la preocupación no era tanto la de garantizar la defensa del imputado en cuanto a los variedad de sus derechos e intereses afectados en el procedimiento preliminar, sino garantizar esa defensa con ocasión de unas diligencias de investigación en cuya práctica existía el riesgo de abuso de la persona del imputado como fuente de información sobre los hechos objeto de la investigación.

2) La situación determinante del nombramiento preceptivo de abogado para la defensa del imputado, aunque no estuviera detenido —es decir, la defensa técnica no solo como derecho, sino como requisito de validez de los actos— no cambió ni con la L53/1978,[12] ni con la LO 7/1988, de 28 diciembre.[13]Hubo que esperar a la reforma de LECrim por L 38/2002, de 24 de octubre, que introdujo, por fin, una nueva disposición clarísima sobre la situación a partir de la cual es preceptiva la asistencia de abogado al imputado: el art. 767 no sólo prescinde del inciso «y fuere necesaria la asistencia letrada», sino que dispone que «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada». No obstante, con la lógica que siempre ha caracterizado los avances en esta materia, ese claro paso adelante fue acompañado de dudas sobre la amplitud de la intervención del abogado en las declaraciones del imputado ante el juez y ante la policía o el Ministerio Fiscal. Para la primera, el nuevo art. 775, párrafo

12. El art. 118, párrafo cuarto LECrim (redacción que mantenía la reforma mencionada en el texto) disponía: «Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

13. Como advertí entonces, Ortells Ramos, M., «Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 94-95, el art. 788.1, en la redacción de la Ley citada, no alteraba la regulación, porque lo que podía deducirse del inciso «desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada», quedaba inmediatamente neutralizado por lo que se dispone a continuación «y fuera necesaria la asistencia letrada».

segundo LECrim estableció expresamente el derecho del imputado a una entrevista previa con su abogado. En cambio, la expresa formulación de ese derecho no existía para las declaraciones ante la policía y ante el Ministerio Fiscal.[14]

3) Una mayor definición legislativa de las garantías de participación de la defensa del imputado, especificando el régimen de esa participación[15] dentro del abigarrado y desordenado conjunto de actos de comprobación y de resolución que integran el procedimiento preliminar, se introdujo, en primer término, respecto de las actividades preparatorias de la decisión sobre la prisión provisional, sobre la libertad provisional con fianza y sobre la elevación de esa fianza (arts. 504 bis 2 —ahora art. 505— y 539 LECrim, en su redacción por LO 5/1995, de 22 de mayo). Y se extendió, en su momento, a las preparatorias de la adopción de órdenes de alejamiento y de su agravación (art. 544 ter LECrim).
   Dejando aparte el requisito de que la adopción de la medida y la determinación de su grado de gravedad deben ser solicitadas por un acusador, la formalización consiste en que, por regla general, el juez sólo se pronunciará sobre la medida cautelar después de una comparecencia a la que, con las demás partes, es citado el imputado con su abogado y en la que la defensa no sólo puede alegar, sino proponer y practicar medios de comprobación disponibles inmediatamente o en breve plazo.

4) De nuevo la jurisprudencia fue decisiva para establecer una garantía general de que la defensa técnica del imputado pueda tener incidencia efectiva en la protección de sus derechos e intereses en el procedimiento preliminar.

El TC, mediante una sentencia interpretativa de constitucionalidad —la STC (Pleno) 186/1990, de 15 de noviembre(RTC 1990\186)— concretó esa garantía

---

14. Sobre un razonable intento para extender ese derecho a estas declaraciones, ORTELLS RAMOS, M., *Criterios para la actuación del abogado del imputado en las etapas previas al juicio oral del procedimiento abreviado y del procedimiento de enjuiciamiento rápido*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, pág. 14.

15. La norma amplia del art. 302 que atribuye el derecho a intervenir en las diligencias del procedimiento plantea problemas de detalle a la hora de ser aplicada. En primer término, parece lógico que si la ley ha establecido un derecho a intervenir, debe realizarse una citación que posibilite en concreto el ejercicio del derecho. Pero la ley no es clara en este sentido. En lugar de establecer ese deber de citación de un modo general, se limita a formularlo en supuestos específicos de diversa amplitud (arts. 333, 336, 646 y 780.2, párrafo tercero —el último en la redacción de la L de 24 de octubre de 2002). Obviamente esto no significa que se le niegue al imputado el derecho a intervenir, pero, salvo que en la práctica la citación se haga aunque la ley no la imponga, para no perder la posibilidad de participación será imprescindible que la defensa técnica desarrolle una especial diligencia.
En segundo lugar, no está determinado en qué puede consistir la intervención de la defensa del imputado en la práctica de las diligencias. No es una buena solución remitir, para integrar la laguna, al régimen de cada una de las diligencias, porque, como ese régimen lo estableció la redacción originaria de LECrim, no tiene previsiones de una práctica con contradicción. En definitiva, la combinación de la potestad del juez de instrucción para dirigir la práctica de la diligencia con el genérico reconocimiento del derecho de intervención conducirá, en la realidad, a una gama de modos de intervención dependiente de la discrecionalidad del juez.

en el sentido de que el procedimiento preliminar no puede terminar —al menos dando lugar a la apertura del juicio oral— sin que conste que el imputado ha tenido oportunidad concreta de defenderse en él, de ejercer, aunque sea por una vez, sus derechos de participación.

La STC (Pleno) 186/1990 tuvo por objeto una cuestión de inconstitucionalidad del art. 790.2 LECrim (redacción de la LO 7/1988, de 28 diciembre), por contrario a la prohibición de indefensión, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en cuanto no contemplaba expresamente que, en su trámite —que es el de que los acusadores piden la apertura de juicio o el sobreseimiento—, el imputado pudiera ser oído y se le pudieran admitir diligencias complementarias con vistas a obtener una resolución de sobreseimiento. El TC sostuvo que esa regulación no era inconstitucional porque, de modo previo a ese trámite, el imputado debía haber sido señalado judicialmente como tal y haber tenido oportunidad de defenderse frente a una imputación que podía conducir, posteriormente, a admitir acusación frente a él y a abrir juicio.[16]

En la reforma introducida por la L 38/2002, de 24 octubre, subsiste la limitada referencia a los acusadores, en cuanto al derecho a proponer diligencias de investigación complementarias, inmediatamente antes de la petición de apertura de juicio oral (art. 780 LECrim), pero el legislador ha convertido en norma legal la garantía que diseñó la STC 186/1990. En efecto, el art. 779.1.4ª dispone que la resolución de seguir procedimiento abreviado «contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775». El imputado, conocedor de la imputación y de su alcance objetivo, habrá tenido oportunidad, en la comparecencia mencionada —cuyo contenido hay que integrar con las posibilidades defensivas previstas en el art. 396—, asistido por abogado, de proponer actos de investigación que puedan inclinar en su favor las resoluciones sobre medidas cautelares y acerca de la apertura del juicio.

5. La restricción de derechos fundamentales por fines legítimos del proceso penal

El régimen de la restricción de derechos fundamentales para servir a fines legítimos del proceso penal ha sido escenario de notables negligencias le-

16. Más ampliamente sobre esta garantía Ortells Ramos, M., «Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 86-91.

gislativas y de suplencia jurisprudencial, que algunas veces ha ido acompañada de pronunciamientos admonitivos dirigidos al legislador, más o menos dramáticos.

Esa situación es, en una materia como ésta, especialmente significativa, porque la Constitución, para dotar de una protección reforzada a los derechos fundamentales en el desarrollo de su régimen jurídico, sólo permite regularlos mediante ley orgánica, confiando en la garantía que deberían ofrecer las mayorías reforzadas para la aprobación. La apelación constitucional a la tarea del legislador es más acuciante, y más grave la responsabilidad al desatenderla.

Me limitaré a algunas cuestiones muy destacadas en las dos áreas del proceso penal en las que la restricción de derechos fundamentales puede ser necesaria.

5.1. Restricción de derechos fundamentales y actos de investigación

En esta materia, y en primer lugar, es paradigmática la evolución del régimen de la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Debería llamar la atención, para empezar, que la específica regulación requerida por las limitaciones del derecho reconocido por el art. 18.3 CE solamente se produjera, a nivel legislativo, en 1988, mediante una reforma del art. 579 LECrim, que antes solo regulaba la intervención de comunicaciones postales y telegráficas. En ese periodo, diez años desde la promulgación de la Constitución, la jurisprudencia integraría el sistema de protección mediante una difícil analogía con el régimen de las intervenciones de las comunicaciones postales.

La respuesta del legislador, a pesar de ser tardía y presumiblemente meditada, no satisfizo todas, ni siquiera la mayor parte, de las exigencias de un régimen de restricción del derecho al secreto de las comunicaciones por fines de investigación penal.

Esta regulación legal dejó sin respuesta suficiente, ya desde su origen, puntos como la gravedad de los delitos cuya investigación debía considerarse justificativa de la resolución de intervención, el régimen de los hallazgos casuales, la posibilidad de intervenir comunicaciones entre terceros, la precisión de determinados datos en la resolución de autorización y prórroga de la intervención. El TC y el TS integraron lagunas y paulatinamente agriaron sus críticas y requerimientos al legislador. En definitiva, la jurisprudencia del TS y

del TC completaron el régimen de estas intervenciones.[17] La mejor prueba de esto es que, en los asuntos que han llegado al TEDH, los parámetros de valoración que utiliza este Tribunal para estimar o desestimar las demandas no solo consisten en la regulación legal, sino en la progresiva consistencia de la jurisprudencia que ha integrado sus vacíos. El TEDH argumenta expresamente en ese sentido en la Sentencia 26 de septiembre de 2006, caso Abdulkadir Coban contra España (TEDH\2006\51), y en la Sentencia de 7 de septiembre de 2010, caso Fernández Saavedra contra España (TEDH\2010\92).

Con el tiempo, la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas del art. 579 LECrim ha añadido a sus defectos de origen los defectos de haber permanecido inalterada durante veinticuatro años. Precisamente durante esos años las innovaciones técnicas en las comunicaciones telemáticas han crecido exponencialmente en variedad y en complejidad. Nuevamente la jurisprudencia ha estado dando las respuestas que el constituyente encargó al legislador orgánico.[18]

Parecido vacío de regulación legal existía, en segundo lugar, en materia de actos de investigación que necesiten de la práctica de inspecciones e intervenciones corporales. En esta materia, una mínima regulación legal se hizo esperar hasta la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que dio nueva redacción a los arts. 363, párrafo segundo, y 326, párrafo tercero. El primero regula, de manera más que parca, la obtención de muestras biológicas del cuerpo del que llama «sospechoso», para determinar su perfil de ADN a efectos de su cotejo con fines de investigación del delito.

Esa regulación legal es insuficiente para su fin específico, incluso con el complemento de la LO 10/2007, de 8 octubre, de base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN.[19]Pero es que, además, continúan estando huérfanas de regulación inspecciones e intervenciones corporales que pueden ser necesarias para otros fines de investigación (averiguación del ocultamiento

---

17. Remito al reciente estudio de Casanova Martí, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2014, págs. 153-168, aunque el conjunto de la obra es ilustrativo de la imprescindible aportación de la jurisprudencia para integrar el régimen de esta limitación del derecho fundamental. Con anterioridad, también denunciando la insuficiente regulación legal y resaltando la integración jurisprudencial de esas insuficiencia, López-Fragoso Álvarez, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, passim.

18. De esta tarea jurisprudencial da cumplida cuenta, junto con la jurisprudencia relativa a la intervención de comunicaciones telefónicas, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013,de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligenciade intervención de las comunicaciones telefónicas, a la que puede accederse en https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones (última visita 07/12/2015).

19. Véase, por ejemplo, De Hoyos Sancho, M., «Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en *Las bases de datos policiales de ADN*, Cabezudo Bajo, M. J., (Dir.), Dykinson, Madrid, 2013, págs. 84-87; Martín Pastor, J., «La obtención de muestras de ADN, dubitadas e indubitadas, por la policía judicial y el régimen del sometimiento del sospechoso a los actos de inspección, registro e intervenciones corporales», en *Las bases de datos policiales de ADN*, cit., págs. 197-219.

de objetos en el cuerpo de una persona, pruebas corporales para determinar la influencia de sustancias en la conducta de una persona).[20]

El TC fue «condescendiente» con ese defecto al considerar, en su Sentencia (Sala Primera) 37/1989, de 15 de febrero(RTC\1989\37), que la regulación legal podía hallarse en los arts. 339 y 478.1º LECrim —relativos a los reconocimientos que han de preceder un dictamen pericial, que el juez puede ordenar—.

No obstante, la STC (Sala Primera) 207/1996, de 16 de diciembre (RTC\1996\207) referida a un caso de extracción forzosa de muestras de cabello para comprobar si la persona era consumidora de cierta clase de droga, entendió que no había cobertura legal suficiente y que, en el caso concreto, la actuación judicial no había respetado —había violado— los derechos a la integridad física y a la intimidad personal.[21]

5.2. Restricción de derechos fundamentales y medidas cautelares y preventivas

Poco más de un año antes de la promulgación de la Constitución, el legislador (L 10/1978, de 20 febrero) había eliminado un presupuesto de la prisión provisional que hacía de esta medida, que debe ser cautelar del proceso penal, una medida de preservación del orden público. La redacción derogada del art. 503, circunstancia 4ª LECrim, imponía como obligatoria la prisión provisional si el delito imputado era un delito contra la seguridad interior del Estado, cualquiera fuera la gravedad de la pena que correspondiera —lo que rompía la lógica de presumir el riesgo de fuga en función de tal gravedad— y mientras la situación alterada por el delito no quedara restablecida.

Con posterioridad hubo varias reformas del régimen de la prisión provisional, pero la difícil convivencia de la regulación legal de la prisión provisional con los postulados constitucionales va a perdurar, sorprendentemente, hasta la reforma operada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, a la que se llegó, por cierto, tras una amenazadora advertencia de la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la STC (Pleno) 47/2000, de 17 de febrero (RTC 2000\47), examinó en su fundamento jurídico 5º la redacción entonces vigente de los arts. 503 y 504

---

20. Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2007, pág. 403.

21. Sobre el mensaje desatendido de esta sentencia y, más en general, sobre los problemas en Derecho español respecto de la imprescindible habilitación legal para las inspecciones e intervenciones corporales, Etxeberria Guridi, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Editorial Trivium, Madrid, 1999, págs. 107-135.

LECrim, que establecían los presupuestos de la prisión provisional, para concluir que esa redacción conducía a interpretaciones inconstitucionales, en concreto contrarias al art. 17 CE, como el TC ya había podido constatar en precedentes sentencias de amparo. En esta Sentencia el TC no se limitó a conceder el amparo, sino que planteó al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de aquellos dos artículos de LECrim, porque tal redacción «ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales» en el caso concreto.

Dos eran las principales razones para cuestionar la constitucionalidad de los presupuestos de la prisión provisional, tal como los establecían los arts. 503 y 504 LECrim. Por un lado, el papel que jugaba en la concurrencia de los mismos la gravedad de la pena prevista para el delito imputado que, aunque podía ser contrarrestado si el juez estimaba concurrentes determinadas circunstancias, permitía que el juez decidiera la prisión sólo con referencia a aquella pena, sin necesidad de motivar su resolución sobre concretas razones que justificaran la medida privativa de libertad. Por otro lado, la ley continuaba dando relevancia para las resoluciones sobre la prisión provisional a razones constitucionalmente ilegítimas como la alarma producida por el delito o la frecuencia de su comisión en la demarcación del juzgado. Recordaré que la relevancia de la alarma social tenía el deshonroso antecedente de la *Erregung in der Öffentlichkeit*, motivo de prisión introducido por la Novela nazi sobre procedimiento penal de 1935, suprimido de la StPO en 1945.[22]

No es este el momento de profundizar sobre la medida en que la reforma de 2003 perfeccionó el régimen de la prisión provisional.[23] Sí que quisiera, en cambio, destacar que, de nuevo, los legisladores dejaron la reforma inacabada, al no acometer una regulación completa y sistemática de las medidas alternativas a la prisión provisional.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional había dejado claro que la prisión provisional debía ser de una medida de aplicación excepcional y subsidiaria (STC 128/1995, FJ 3º; STC 47/2000, FJ 7ª). El nuevo art. 502.2 LECrim establecía legalmente esa característica: «La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

---

22. Una reflexión sobre este motivo para la prisión provisional ya le expuse en Ortells Ramos, M., «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, núm. 5, págs. 439-489, específicamente en el apartado 5, B del trabajo.

23. Remito a la monografía de Gutiérrez de Cabiedes, P., *La prisión provisional*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, passim.

Los fines de la prisión provisional que el TC consideró constitucionalmente legítimos, y que ahora recoge el art. 503 LECrim, son evitar la fuga, evitar la manipulación de la prueba y contrarrestar el peligro de reiteración delictiva.

Cuando se asume que la prisión provisional ha de cumplir otros fines, además de los estrictamente cautelares de posibilitar la realización del proceso y la ejecución de la sentencia, lo coherente es que el ordenamiento regule medidas menos lesivas del derecho de libertad del imputado que sean funcionales no sólo —como lo es la libertad provisional— respecto de los fines cautelares, sino también respecto de los demás fines que han sido considerados como legítimos de la prisión provisional.

Las medidas alternativas a la prisión provisional también estaban insuficientemente reguladas. En este materia no fue la jurisprudencia de los altos tribunales la que vino a paliar las insuficiencias, sino la práctica judicial de los Juzgados y las Audiencias Provinciales. Me referiré a dos muestras significativas.

Por un lado, la medida de libertad provisional, que, dadas las obligaciones accesorias de las que la ley permitía acompañarla, era imperfecta para cumplir de modo distinto a la prisión provisional los fines legítimos de ésta, fue complementada en la práctica judicial con la retención de pasaporte. El TC, sin embargo, consideró que faltaba habilitación legal para que los jueces adoptaran este medida complementaria.[24] La reforma de LECrim por LO 10/2003, de 24 de octubre, estableció esa habilitación en el art. 530.

Por otro lado, hasta 1999, en el que, mediante el nuevo art. 544 bis, se introdujo en la LECrim la orden de alejamiento, el art. 13 LECrim y su, en aquel momento, genérica referencia a que, entre las primeras diligencias, debían estar las de protección del ofendido o perjudicado por el delito y de sus familiares, sirvió de base para la adopción de medidas distintas a la prisión, pero dirigidas a evitar la reiteración delictiva.[25]A falta de una más específica cobertura legal, algunos jueces y, de modo muy definido, la Fiscalía General del Estado,[26] estimaron que podía amparar la adopción judicial de restricciones a la libertad de circulación o de residencia del imputado, sin llegar a la privación de su libertad. No obstante, esta tesis sólo podía aceptarse con la provisionalidad que, expresamente, se reclamó al formularla. La regulación

---

24. STC, Sala 2ª, núm. 169/2001 de 16 julio, RTC\2001\169

25. Ortells Ramos, M., «Tratamiento de la violencia doméstica en la LECrim (Un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la ODP de las víctimas de violencia doméstica», en *Encuentros «Violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 403-405.

26. Circular número 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, accesible en https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones (última vista 08/12/2015)

restrictiva de los derechos fundamentales a la libertad de residencia y de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE) requería ley orgánica (art. 81.1 CE) que estableciera los presupuestos y el alcance de las limitaciones, como en definitiva, vino a hacer la LO 14/1999, con la introducción del nuevo art. 544 bis LECrim.

6. El deber de correlación de la sentencia con la acusación

Por regla general, ha sido el TC el que ha liderado las que podemos llamar «reformas jurisprudenciales» del proceso penal español. Sin embargo, en una materia la iniciativa ha sido indiscutiblemente del TS. Me refiero a una concepción del principio acusatorio, a la que el TS llegó con fundamento en los derechos fundamentales procesales reconocidos por la CE y por el CEDH, y que ha conducido a un desapoderamiento del tribunal del juicio oral, consistente en una más estrecha limitación de su potestad de sentenciar.

El cambio del proceso penal, por vía principalmente jurisprudencial, ha sido radical en cuanto al deber de correlación de la sentencia con la acusación, al planteamiento de tesis y cuestiones por el tribunal y a los derechos procesales de las partes subsiguientes a ese planeamiento.[27]

Entre las interpretaciones posibles del art. 733 LECrim, regulador de la conocida como «tesis de desvinculación», predominó, desde el inicio de la vigencia de esa Ley, la que lo interpretaba en el contexto de la muy deficiente regulación que la LECrim hacía de la correlación entre acusación y sentencia. La principal razón de esto se halla en la descripción que la LECrim hacía, y sigue haciendo, de la infracción del deber de correlación como motivo de casación. El art. 851.4º establece como motivo de casación que la sentencia haya condenado por «delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733». La mención expresa de este último artículo en la disposición que sanciona el exceso en la potestad de sentenciar pasó a dominar la configuración legal de la falta de correlación como límite a la potestad de resolver y, además, limitó la virtualidad —ya de por si escasa— del art. 733 como técnica de protección del derecho a la contradicción sobre los hechos y sobre el Derecho concretamente relevantes para la sentencia.

---

27. Para mayores detalles sobre el inicio de este cambio jurisprudencial del proceso penal español, su evolución y, también, para el planteamiento crítico frente al mismo, remito a Ortells Ramos, M., «Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales», en *Justicia*, 1991, número III, págs. 529-550; Ortells Ramos, M., «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», en *Justicia*, 1991, número IV, págs. 775-798.

En definitiva, el deber de correlación quedaba centrado en la gravedad de los tipos delictivos, más que en el grado de identidad entre los hechos objeto de la acusación y los hechos objeto de la sentencia. Además, en el supuesto de diferencias entre acusación y sentencia en cuanto a las valoraciones jurídicas conducentes a una agravación de la pena, sólo quedaba garantizado el derecho a contradecir si la diferencia consistía en que el tribunal estimaba concurrente un tipo de delito de mayor gravedad. La garantía del art. 733 no era aplicable a otras diferencias de valoración jurídica, ni a diferencias en cuanto a los hechos entre acusación provisional y definitiva.

A mediados de los años ochenta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia abandonó la orientación uniforme y estable que había tenido hasta el momento. La nueva jurisprudencia, aunque se fundó en una argumentación bastante uniforme (principio acusatorio, prohibición de indefensión, derecho a ser informado de la acusación), no siguió una única orientación.

Principalmente, había divergencias en el punto básico de la interpretación que debía darse al art. 733 en el contexto del régimen normativo de la correlación.

Según una de las corrientes esa disposición debía ser reinterpretada en el sentido de ampliar el requisito del planteamiento de la tesis a otros supuestos, además del de la posible apreciación de un tipo de delito de mayor gravedad. Específicamente, para apreciar, si no habían sido alegadas por los acusadores, circunstancias agravantes, formas de participación, tipos de delito distinto —aunque su gravedad fuera igual o menor a la del acusado y salvo que fuera homogéneo con éste—, cualquier elemento inculpatorio o agravatorio e incluso para no atender a la apreciación de un elemento favorable al acusado

Según otra orientación, para evitar la ineficacia de la sentencia por falta de correlación, no es suficiente con dar al planteamiento de la tesis esa mayor amplitud, sino que es necesario que algún acusador haga suya la nueva tesis apuntada por el tribunal. Otras sentencias añaden la exigencia de que, ante esos cambios asumidos por algún acusador, la defensa ha de poder haber reaccionado con alegaciones y con nuevas pruebas, no exclusivamente con alegaciones, como resulta de la letra del art. 733.

Para una tercera orientación el párrafo tercero del art. 733 habría quedado derogado, porque, si el artículo es correctamente interpretado, el tribunal ha quedado vinculado por las calificaciones definitivas de los acusadores y no tiene poder para plantear tesis agravatorias.

En la LO 7/1988, de 28 de diciembre, al establecer el procedimiento abreviado, el legislador decidió intervenir en la regulación de la materia, aunque lo hizo de manera ambigua.

No modificó el art. 733, ni los demás artículos relacionados con su interpretación, sino que se limitó a regular la materia de un modo distinto, aunque sólo para el nuevo procedimiento abreviado.

Por una parte, esa nueva ordenación optaba por una de las nuevas líneas jurisprudenciales al establecer, en el art. 794.3, que «La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones», y, en el art. 793.7, que los cambios de la acusación definitiva respecto de la provisional, lo hayan sido, o no, en respuesta a cuestiones planteadas por el tribunal, permiten a la defensa obtener una suspensión del juicio para preparar una contradicción no sólo consistente en alegar, sino también en probar.

Por otra parte, yendo más allá de la nueva orientación jurisprudencial, aunque sin traspasar su campo temático, el art. 793.7 atribuía a la defensa ese derecho de alegar y probar aunque los cambios en la acusación fueran debidos a la iniciativa de los acusadores y no a una reacción ante cuestiones del tribunal, y, de manera muy destacada, el art. 794.3 estableció, por vez primera en la LECrim, una norma de correlación esencialmente correcta: «La sentencia no podrá… condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado».

La interacción de jueces y legisladores en la reforma del proceso penal ha continuado en esta materia con dos intervenciones, una de cada centro de poder y cada una con diferente acierto.

Los legisladores, tan frecuentemente callados cuando se necesita que hablen, tuvieron en la reforma de 2003 una intervención perfectamente prescindible. Trasladaron al nuevo art. 789.3 los mismos límites que el antiguo art. 794.3 fijó a la potestad de sentenciar, pero les añadieron un estrambote,[28] que lleva de la mano a una insostenible interpretación literal. En efecto, según esa interpretación, el tribunal podría, si plantea la cuestión y ésta es asumida por algún acusador, no sólo imponer plena más grave que la solicitada por alguna acusación definitiva inicialmente formulada, sino también «condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o muta-

28. Recuérdese que el art. 789.3 dispone, tras esa reforma, lo siguiente —la cursiva es mía—: «La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, *salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3*».

ción sustancial del hecho enjuiciado». Lo primero podría considerarse correcto con matices. Lo segundo significaría desconocer las exigencias más elementales de los principios de contradicción y de igualdad.[29]

Por parte de los jueces, la Sala Segunda del TS, mediante Acuerdo de su Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007\30007), decidió que «el tribunal sentenciador no podrá imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa». Con esto el Tribunal Supremo ha cerrado la operación de reforma del procedimiento ordinario en esta materia, cabe pensar que no sólo en cuanto a la regla de vinculación, única que formula expresamente, sino también incorporando al procedimiento ordinario la regulación establecida, en principio, sólo para el procedimiento abreviado. Ahora sí que el art. 733 LECrim ha de entenderse derogado, con la correspondiente repercusión sobre el art. 851.4º.

7. Materiales sobre los que puede fundar su convicción el tribunal del juicio

La LECrim de 1882 introdujo en España un nuevo proceso penal, superador del proceso inquisitivo, en el que se distinguían dos etapas, sumario y juicio oral, con atribución a diferentes órganos jurisdiccionales de la competencia para conocer de cada una de ellas.En un precepto clave de la Ley, el art. 741, se disponía que el tribunal debía formar su convicción apreciando las pruebas practicadas en el juicio. Esta regla general era luego reforzada por la excepción regulada en el art. 730, que permitía la lectura de la documentación sumarial de actos de prueba si fuera imposible practicarlos en el acto del juicio.[30]

Desde la introducción del nuevo sistema de enjuiciamiento se hicieron patentes dos concepciones diferentes sobre las relaciones entre material de investigación del sumario y prueba del juicio:

1) Según una postura, la práctica de la prueba en el juicio tiene la función propia y autónoma de convencer al tribunal de los hechos aportados por la acusación y la defensa, reservándose al sumario una función subordinada,

---

29. Ortells Ramos, «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado…», en *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 29-30.

30. Al estudio de este cambio esencial del proceso penal español, de su fracaso en la práctica y a establecer las bases para su recuperación dedique mi atención hace ya tiempo: Ortells Ramos, M., «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista General de Derecho*, edición separada, Valencia, 1979, pp. 1-64, y, también, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, abril-septiembre, núms. II-III, 1982, págs. 365-427.

en el doble sentido de proporcionar los datos para la aportación de hechos e indicación de las fuentes de prueba y de servir, en supuestos excepcionales, para sustituir la práctica imposible de un medio de prueba.

2) Según la otra posición, la práctica de la prueba en el juicio tiene una función correctora y complementaria de la investigación sumarial, de lo que deriva que esta última es, por principio, apreciable junto a la prueba del juicio para dictar la sentencia.

Este segundo modo de entender la LECrim dominó, en buena medida, la práctica judicial española hasta que, en la década de los ochenta, el Tribunal Constitucional, mediante la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, restableció una correcta interpretación del sistema de la LECrim.

En la formación de esa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional tuvo que plantearse y resolver la cuestión de sobre qué base podía el juzgador fundar su convicción acerca de los hechos, destructora de aquella inicial presunción. La respuesta era obvia: sobre la base de la prueba. En las palabras de una resolución muy temprana del TC (STC, Sala Primera, núm. 31/1981 de 28 julio, RTC\1981\31, Fj. 3º): «El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECrim, 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 culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso».

Esta proposición abría otro interrogante: ¿Qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos, realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por otros órganos de poderes públicos, cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

Quedaba así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumarial y de otras investigaciones desarrolladas en procedimientos preliminares. Ese problema estaba resuelto en la LECrim de un modo esencialmente correcto: no se reconoce eficacia probatoria a la documentación de esas investigaciones como regla general, aunque sí como excepción en

casos determinados. La rutina histórica y algunos defectos de la LECrim (forma de la motivación de la sentencia e insuficiencia de los motivos de casación para preservar este aspecto tan básico del sistema) permitieron, sin embargo, una práctica forense totalmente divergente de la ordenación legal. La jurisprudencia constitucional sobre el principio de presunción de inocencia impulsó nuevamente una correcta interpretación del sistema de la LECrim en este punto y también introdujo alguna novedad en ese sistema con fundamento en una interpretación conforme a la Constitución.[31]

Esta aportación de la jurisprudencia, que ha sido esencial para la renovación del proceso penal español, deja como cuestión problemática la de determinar, con la máxima precisión, las excepciones a la regla general. Es decir ¿En qué supuestos y cumpliendo qué requisitos puede ser valorada para dictar sentencia la documentación de actos de investigación no practicados como medios de prueba en el juicio? Especialmente ¿Qué resultado puede ser valorado, y a qué efecto, si ha sido practicado el medio de prueba pero su resultado ha sido diferente o hasta contradictorio con el resultado al que dio lugar el correspondiente acto de investigación documentado?

La jurisprudencia del TC y la del TS también han dado respuesta a estas cuestiones, pero la técnica con la que se forma la jurisprudencia hace que sus formulaciones sean más difícilmente aprehensibles que las de un texto legal correctamente elaborado. En una obra que dirigí hace diez años, la exposición de la doctrina jurisprudencial del TC sobre estas excepciones hasta el año 2004 ocupaba más de doscientas páginas.

Desde la promulgación de la CE y tras largos años de formación de la jurisprudencia del TC sobre esta materia, el único intento que ha hecho el legislador de regular de modo general las excepciones a la regla ha sido el de la Ley del Jurado. Dos artículos se refieren a la materia: el art. 34 de Ley del Jurado, que limita la remisión al tribunal a, entre otros documentos que no tienen finalidad probatoria, la «documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral», y el art. 46 de la Ley del Jurado, que se refiere a cómo actuar en caso de contradicción entre declaraciones prestadas en el juicio y las prestadas con anterioridad al mismo. Ninguno de los dos

---

31. No tendría sentido pretender resumir la extensa y compleja jurisprudencia del TC en esta materia, pero puedo remitir a la cuidadosa exposición de veintitrés años de formación de esa jurisprudencia en Ortells Ramos, M., Martín Pastor, J., «Derecho a la presunción de inocencia (I): Cuestiones generales. "mínima actividad probatoria" y fuentes de prueba obtenidas con violación de derechos fundamentales»; Cámara Ruiz, J., Martín Pastor, J., «Mínima actividad probatoria» y medios o instrumentos que pueden ser utilizados por el tribunal para formar su convicción»; Ortells Ramos, M., «Derecho a la presunción de inocencia (III): "mínima actividad probatoria" como resultado probatorio. Regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional», todos en Ortells Ramos, Tapia Fernández, dir. y coord., *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., respectivamente págs. 571-653, 655-845 y 847-959.

ha dado buen resultado si se atiende a la jurisprudencia producida en aplicación de los mismos.[32]

8. Los recursos contra la sentencia

La jurisprudencia del TC y, en parte, la del TS han integrado durante mucho tiempo una parte importante del régimen jurídico de los recursos contra las sentencias finales en los procesos por delitos. Me refiero al régimen jurídico del recurso de apelación, tanto en los supuestos en los que el legislador lo había previsto y dotado de regulación procesal, como en los casos en los que el legislador, primero, simplemente omitió establecer este recurso, y, después, tras haber previsto la competencia funcional para conocer del mismo, ha dejado transcurrir casi once años sin acometer su regulación.

La regulación legal del recurso de apelación contra sentencias de primera instancia en procesos por delitos menos graves no tomó en consideración, ni en su origen, ni en las varias oportunidades de reforma posteriores, las exigencias constitucionales y de convenios internacionales acerca de cómo han de presentarse al tribunal de apelación los materiales de hecho y las pruebas con base en los cuales se pretende obtener una modificación de las sentencia apelada.[33] La recuperación, debida a la jurisprudencia del TC, del valor del acto del juicio como base de la sentencia de primera instancia era una clara advertencia de que algo similar debía ocurrir en la apelación, al menos en función de cuál fuera el contenido de la impugnación del apelante y de la necesidad de que la sentencia de apelación se basara en la valoración de medios de prueba personales.La doctrina sentada, principalmente, por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, continuada y matizada en sentencias posteriores, está integrando una regulación de la apelación que el legislador no ha completado.

Por otra parte, la jurisprudencia ha contribuido también a configurar un recurso amplio contra las sentencias de instancia en aquellos casos, como los de los procesos por delitos graves, en los que el legislador sólo había previsto un recurso de casación. Es sabido que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el caso Cesáreo Gómez Vázquez, consideró que, dejando a un lado las cuestiones de denominación del recurso previsto por la ley, «la informa-

---

32. Véase el análisis de la jurisprudencia en Ortells Ramos, M., «La prueba en el juicio ante el tribunal del jurado. Ley, práctica judicial y consideraciones *lege ferenda*», en *La ley del Jurado. Problemas de aplicación práctica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 241-305.

33. Acerca de las deficiencias de la ley y de la tarea de la jurisprudencia en este aspecto del régimen de la apelación, Tapia Fernández, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal : presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 27-139.

ción y los documentos presentados por el Estado Parte no desmienten la afirmación del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueron revisados íntegramente» en el recurso de casación que era el previsto por la ley para su caso, y que intentó, por lo que concluyó que «la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2 puesto que dicha revisión se limita a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto».[34] La línea argumentativa de las alegaciones del Estado español en el caso es ilustrativa de que había hecho valer que, más allá de la denominación del recurso y de las normas legales que lo regulan, está establecido un modo de practicar el recurso de casación, alentado por el TC, y asumido por el TS, que ha servido, o ha intentado servir, como el tipo de recurso que posibilita un suficiente reexamen de las sentencias condenatorias.[35]

No obstante, confiar la solución del problema a esta técnica de suplencia jurisprudencial es insatisfactorio en un doble sentido. Por un lado, la falta de previsión, en todos los proceso por delitos, de un recurso del tipo de la apelación contra sentencias de condena, pone al Estado español en riesgo continuo de violar el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Por otro lado, la amplitud de los motivos de recurso y la sobrecarga de trabajo que implica tal solución obstaculizan que el Tribunal Supremo pueda cumplir unas funciones que se consideran apreciables e idóneas para un tribunal de esa clase, como la unificación de la jurisprudencia.[36]

El legislador pareció decidido a encarar directamente este problema cuando en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, incluyó dentro de las competencias atribuidas al Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento, como Sala de lo Penal, «de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes» (art. 72. 3, c) LOPJ). Esa

---

34. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, Volumen 7, Períodos de sesiones 66º a 74º (julio de 1999-marzo de 2002), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, págs. 48-53.

35. Sobre esta práctica del recurso de casación, VARELA GÓMEZ, B., *El recurso de apelación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 96-106; BONET NAVARRO, J., *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, págs. 29-31, 68-72, 235-242; VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 154-160; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia*, cit., pág. 18-26; TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Los recursos», en ORTELLS RAMOS, Tapia Fernández, dir. y coord., *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., págs. 1099-1100, 1114-1122.

36. VECINA CIFUENTES, *La casación penal*, cit., págs.160-167.

norma necesitaba ser completada con la regulación procesal del recurso. Y esa regulación era tanto más urgente cuanto que el Estado español ratificó (instrumento de ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009) el Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1984, cuyo art. 2 tiene un contenido no igual, pero sí próximo, al del art. 14.5 PIDCP.Se presentó un proyecto de ley con esa regulación,[37]pero caducó por disolución de las Cámaras. Más de diez años después de la reforma que habilitaba la competencia funcional seguíamos a la espera de la ordenación procesal del recurso.

9. Procedimientos simplificados para la resolución sobre la acción penal

Los procedimientos simplificados pueden ser establecidos con diferentes fundamentos. Pueden justificarse en que, dado el modo en que se han realizado los hechos aparentemente delictivos, no es necesaria la investigación previa o es la misma muy simple. Una simplificación procedimental también puede justificarse en que el imputado ha reconocido su responsabilidad o en otras soluciones consensuales sujetas a control judicial. En algunos casos las circunstancias mencionadas deben ir acompañadas del requisito de un máximo de gravedad de las penas previstas, aunque este último criterio puede también ser el único relevante para seguir un procedimiento simplificado, como ocurre con el juicio de faltas.

En 1978 el proceso penal español, además del juicio de faltas y de la conformidad del acusado, tal como había sido regulada en 1882, contaba con el llamado procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción, aplicable en atención a la gravedad —menor— de los delitos y caracterizado por que un mismo Juez era competente para las «diligencias preparatorias», como para presidir el juicio y dictar sentencia.

El legislador ya constitucional actuó con rapidez en materia de tratamiento procesal de delitos menores, aunque, como enseguida se verá, con más preocupación por las estadísticas sobre carga de trabajo y duración de los procesos,[38] que por el respeto a los derechos fundamentales, cuyo reconocimiento solemne se acababa de estrenar.

---

37. Proyecto de ley 121/000069, Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal, fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley 27 de enero de 2006 Núm. 69-1.

38. Ortells Ramos, «El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980», cit., págs. 775-777.

El conocido en la jerga judicial como PELO —por procedimiento especial LO, la 10/1980, de 11 de noviembre— se propuso establecer la figura entonces llamada del «juez del mazo», sobre la base de que la hipotética facilidad de investigación de los hechos delictivos objeto de este procedimiento permitía reducir a mínimos la instrucción previa y centrar la actividad judicial en el acto del juicio. Tal vez por esa razón, y porque, al menos en la letra de la ley, los actos de investigación quedaban en manos de la policía, el legislador no dio importancia —aunque sí que se preocupó por derogar, para este procedimiento, la causal de recusación de haber sido instructor de la causa— a que un mismo juez podía dirigir la etapa previa al juicio, presidir el juicio y dictar sentencia, lo que violaba el derecho fundamental a ser juzgado por un juez imparcial.En la realidad, ni los delitos eran necesariamente de investigación simple, porque habían sido seleccionados solo en atención a la gravedad de la pena, ni el juez quedaba al margen de la instrucción previa, sino que impartía órdenes de investigación a la policía, realizaba imputaciones y adoptaba medidas cautelares contra el imputado.[39]

Las bases estaban puestas para una intervención de los jueces en el diseño de nuestro proceso penal. La STC (Pleno) núm. 145/1988 de 12 julio (RTC\1988\145) declaró inconstitucional, por lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas la de un juez imparcial, el art. 2, II de la LO 10/1980, que establecía la inaplicabilidad de la causa de recusación de haber sido instructor de la causa. Esta declaración dinamitó la base organizativa para la aplicación del procedimiento de esa ley y lo mismo quedaba anunciado para el procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción.

El legislador había sido advertido por alguna sentencia anterior que, si bien no estimó el amparo porque, aun siendo el mismo Juzgado, casualmente habían sido distintos el Juez de las diligencias y el Juez del juicio, incluía un claro *obiter dicta* sobre la garantía de imparcialidad. La advertencia fue desatendida y el pronunciamiento del TC puso al Legislador —¿o deberíamos decir al Ejecutivo que es quien puede presentar proyectos de ley?— ante una dificultad organizativa tal en materia de enjuiciamiento de delitos menores —las normas de sustitución de jueces dejan de ser de aplicación episódica— que esta vez no pudo evitar una acción legislativa rápida. Tampoco demasiado. Fue la LO 7/1988, de 28 de diciembre, reguladora del procedimiento abreviado que, aparte de otras materias que ha habido oportunidad de tratar, también realizó nuevas aportaciones a los procedimientos simplificados. Me refiero a los cambios profundos en la institución de la conformidad, en los que esta Ley[40] abrió

---

39. Sobre este procedimiento, Ortells Ramos, «El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980», cit., págs. 775-824.

40. Ortells Ramos, «El nuevo procedimiento penal abreviado», cit., págs. 13-15; y, analizando con detalle la conformidad en su nueva configuración, Mira Ros, *Régimen actual de la conformidad*, cit., *passim*; Aguilera Morales, *El*

un camino por el que continuaron la L 38/2002, de 24 de octubre y la LO 8/2002, de 24 de octubre.

Esa reforma de 2002 dio un paso más en la promoción de la finalización del proceso por sentencia de conformidad. Por un lado, el art. 801 estableció en el procedimiento de enjuiciamiento rápido una conformidad premiada con determinadas ventajas penales. Por otro lado (art. 779.1.5ª), si en diligencias previas del abreviado el imputado, asistido de abogado, reconoce hechos que pueden calificarse como delitos a los que es aplicable lo previsto por el citado art. 801, se dispone que el juez reconducirá el proceso al procedimiento de enjuiciamiento rápido, en el que podrá aplicarse el régimen de la conformidad premiada.Lo realmente llamativo de estas dos posibilidades de desarrollo procedimental es que la sentencia ha de ser dictada por el mismo juez que ha sido competente para las diligencias previas y para las llamadas diligencias urgentes,[41] sin que esto haya sido considerado lesivo de la garantía del juez imparcial. Esto solo puede explicarse bien porque se entienda que ese juez no ha sido, en realidad, instructor de la causa, bien porque se considere que dictar sentencia de conformidad, por las vinculaciones a las que está sujeta, no encierra ningún riesgo para la imparcialidad.

10. Los intentos (fracasados) de una nueva LECrim y lo que ha quedado de la propuesta de texto articulado de LECrim de 2013

Tras escuchar mis explicaciones, el colega al que me referí al principio de este artículo manifestó su extrañeza por la actitud del legislador, negligente y de reacción episódica, y me preguntó sobre si se habían elaborado proyectos de una nueva LECrim.

Desde 1978 —le dije— los intentos de una nueva regulación legal de conjunto del proceso penal han sido tres,[42]aunque ninguno de ellos llegó a iniciar su

---

principio de consenso, cit., *passim*.

41. Precisamente para permitir esto fue necesario establecer normas con calidad de ley orgánica (contenidas en la LO 8/2002, de 24 de octubre), reformadoras de LECrim y LOPJ: Ortells Ramos, «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado», cit., 31-33.

42. En cuanto al primero, no ha sido muy conocido el resultado del trabajo de una comisión formada en el Ministerio de Justicia en 2005, pero puede encontrarse información en Asencio Mellado, J. M., y otros autores, *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011. Respecto del segundo intento, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia publicó en 2011 un soporte electrónico con dos Anteproyectos de ley, un Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal; ninguno de los dos llegó a ser proyecto. En cuanto al último intento, hasta hoy, en el sitio web del Ministerio de Justicia (www.mjusticia.gob.es> áreas temáticas > Propuestas de comisiones y Grupos de expertosComisiones Institucionales), puede verse (último acceso 15/12/2015) la composición de la comisión institucional encargada de

tramitación parlamentaria. El último de esos intentos, la Propuesta de Texto Articulado de LECrim de 2013 (en adelante, Propuesta de 2013), no se tramitó como proyecto en su conjunto, pero ha dado lugar a dos proyectos y a dos leyes[43] que, junto con otras tres leyes,[44]constituyen la que puede llamarse atropellada reforma del proceso penal de 2015.

Una consideración general de esa reforma, desde la perspectiva en la que se sitúa este trabajo, lleva a destacar que (apartado 10.1) algunas cuestiones han recibido respuesta del legislador, mientras que para otras seguirá operando la suplencia jurisprudencial y, especialmente (apartado 10.2), que el legislador ha desaprovechado una oportunidad de despejar la incógnita sobre una gran cuestión pendiente, la dirección de la investigación preliminar por el MF.

10.1. Lo que permanece y lo que cambia con la reforma de 2015

Sobre el derecho de acusación de los particulares (apartado 3) no se han producido cambios legales, aunque los arts. 65, 67 y 69 al 73 de la Propuesta de 2013 si que preveían un nuevo régimen para la acusación popular.

El carácter discrecional de la potestad de acusar del MF (apartado 3) ha quedado claramente definido por los arts. 963.1 y 964.2, b, en el contexto del procedimiento por delitos leves, cuya regulación la LO 1/2015, de modificación del Código Penal, ha introducido en la LECrim.[45] Otra cuestión es si esta precisa previsión contribuirá a reforzar una práctica ajustada al carácter reglado de la potestad de acusar en los supuestos que no están amparados por la nueva norma.

La asistencia letrada al detenido y el derecho de defensa de la persona frente a la que se dirige la investigación en el procedimiento preliminar (apartado 4)

---

elaborar una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la propuesta que la comisión hizo pública en 2013, si bien en abril de 2014 los medios de comunicación ya difundieron la dificultad, reconocida por el Ministerio, de llegar a tramitar el texto como anteproyecto de ley.

43. 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, y Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

44. Me refiero a la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y a LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

45. Para un primer análisis, González-Cuellar Serrano, N., en Marchena Gómez, M., González-Cuellar Serrano, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, págs. 414-426.

han sido objeto de dos sucesivas intervenciones legislativas, no con finalidad correctora, sino por falta de coordinación entre una reforma impuesta por la Unión Europea —la de la LO 5/2015, de 27 de abril— y otra que respondía a una iniciativa autónoma —LO 13/2015, de 5 de octubre—. De la nueva regulación[46] son destacables, por un lado, la clarificación de que el derecho a una entrevista previa con el abogado también existe respecto de las declaraciones ante el MF y ante el juez (arts. 118.2, 520.6, d y 775.2), y, de otro lado, la especificación del derecho al conocimiento previo de las actuaciones, como derecho instrumental del derecho de defensa (art. 118.1, b), si bien esta especificación no es muy favorable a la persona investigada durante la etapa policial de la investigación y que ejercita este derecho en situación de detención.[47]

El régimen de la restricción de derechos fundamentales por razón de actos de investigación (apartado 5.3) es la aportación más apreciable de la reforma de 2015.[48] No obstante, sorprende que, a pesar de haberse completado la regulación legal de algunas intervenciones corporales para la toma de muestras a efectos de comprobación de ADN (art. 520.6, c),[49]no se haya aprovechado para dotar de expresa habilitación legal otras intervenciones corporales dirigidas a otros fines de la investigación.

Las medidas cautelares y preventivas personales alternativas de la prisión provisional (apartado 5.4) no han sido tocadas por la reforma de 2015. La estructurada previsión de estas medidas en los arts. 180 a 206 de la Propuesta de 2013 hace, con su contraste, más patente la defectuosa regulación que sigue vigente.

Tampoco el régimen del deber de correlación de la sentencia con la acusación (apartado 6) ha merecido ninguna intervención legislativa que perfeccione su formulación. También en esta materia la Propuesta de 2013 contiene previsiones más claras y correctas que las disposiciones vigentes (arts. 95, 96 y 468.3 Propuesta de 2013), junto con una decidida opción por desapoderar al tribunal del juicio de toda potestad de acordar pruebas de oficio (art. 446 Propuesta de 2013).

Permanece legalmente inalterado el régimen sobre los que puede fundar su convicción el tribunal del juicio (apartado 7). Las previsiones al respecto de los

---

46. Véase, *in extenso*, González-Cuellar Serrano, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 99-128.

47. González-Cuellar Serrano, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 121-124.

48. Para una exposición detallada Marchena Gómez, M., en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 200-403.

49. González-Cuellar, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 126.

arts. 430, 432, 433, 449, 456 y 462 a 565 de la Propuesta de 2013 no fueron incluidas en los proyectos que llegaron a ser leyes en 2015.

La doble insuficiencia, suplida por la jurisprudencia, de regulación legal del recurso contra la sentencia final en procesos por delito (apartado 8) ha sido eliminada por la reforma de 2015 mediante una respuesta legal aparentemente única y simple: la apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que hasta la reforma no podía ser puesta en práctica porque carecía de procedimiento, se regirá por las mismas normas que rigen la apelación contra sentencias de los Juzgados de lo Penal (art. 846 ter.3 en la redacción de la L 41/2015).

Ahora bien, y con esto se trata el otro aspecto deficiente del régimen legal de la apelación:

1º) Si recurren las partes acusadoras, pretendiendo la condena o la agravación de la condena, el recurso de apelación se convierte en un recurso de nulidad, no por la calidad de sus posibles fundamentos (art. 790.2, párrafo 3, en la redacción de la L 41/2015, se refiere al error en la apreciación de la prueba y acota la clase de error), pero sí por la naturaleza de los efectos de su estimación (art. 792, en la redacción de la L 41/2015). Como, en caso de estimación, siempre deberá dictarse nueva sentencia por el tribunal de la primera instancia, siempre quedará a salvo el derecho del condenado a recurrir una sentencia eventualmente condenatoria. Además, si ha resultado necesario extender la nulidad al acto del juicio, la nueva sentencia será precedida por un juicio oral ajustado al régimen ordinario de esta actividad procesal.

2º) Si el recurso lo interpone el condenado, pretendiendo la absolución o una condena menos grave, con fundamento en razones de fondo, de Derecho o por incorrecto juicio sobre los hechos, sí que puede obtener, en apelación, un nuevo pronunciamiento de fondo más favorable, que modifique la sentencia de primera instancia sin necesidad de un nuevo juicio oral.

Es cierto que la L 41/2015 también ha reformado algunos preceptos del recurso de casación, pero ninguno de ellos parece relevante para una nueva definición de las funciones del Tribunal Supremo en este recurso.[50]La repercusión de

50. Hay que reconocer, no obstante, que la nueva redacción del art. 889 va a suponer una ayuda impagable para la tarea del Tribunal Supremo a la que nos referiremos después en el texto. Ese artículo introduce, yo diría que con cierto disimulo, una referencia al «interés casacional» y le da una función en el control de admisión. Dado que el concepto de «interés casacional» no tiene en la LECrim ninguna concreción normativa, quedará como un concepto jurídico indeterminado expuesto a su concreción por la Sala 2ª del TS.

la reforma sobre esas funciones volverá a las manos de la jurisprudencia, en el sentido de que la Sala 2ª del TS, liberada de la necesidad de paliar la carencia de un recurso amplio en favor del condenado, reconducirá el alcance de la casación a su carácter extraordinario, con especial atención a la tarea de unificación de la jurisprudencia.[51]

La cuestión de los procedimientos simplificados para resolver sobre la acción penal (apartado 9) ha sido tratada por la reforma de 2015 principalmente siguiendo la estela de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que, en la modificación del Código Penal ha suprimido las faltas y creado la categoría de los delitos leves.

Junto con el régimen de la conformidad, que no ha experimentado reformas expresas, en el ámbito del procedimiento por delitos leves se regula el carácter discrecional de la potestad de acusar del MF, que ya hemos mencionado en este apartado y que simplifica la resolución sobre la acción penal mediante la técnica radical de habilitar para no ejercitarla.

En segundo lugar, de modo coherente con lo anterior y acabando de recorrer un camino abierto por las regulaciones de la conformidad, se establece un procedimiento llamado «por aceptación de decreto» (arts. 803bis a 803bis f, en la redacción de la L 41/2015);[52] en definitiva, un procedimiento monitorio penal, que no necesita una gran actividad del Juzgado y del Juez y que, en consecuencia, reduce su carga de trabajo.

Por fin, el régimen del procedimiento por delitos leves tiene una forma simplificada, el juicio en la guardia.[53]No sólo en esta forma simplificada, sino en general en este procedimiento, la escasa gravedad de los delitos y el pronóstico de que el Juez no necesitará realizar actos en la etapa preliminar que pongan en riesgo su imparcialidad han llevado a prescindir de tratar ese riesgo con la solución organizativa de atribuir a órgano jurisdiccionales diferentes el procedimiento preliminar y el juicio-sentencia. La competencia para ambas es del Juzgado de Instrucción, en su caso del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por lo que es posible que, en función de los actos concretos que el Juez haya realizado en la etapa preliminar[54] los riesgos de parcialidad deban ser tratados con la episódica solución procesal de la abstención-recusación.

---

51. Así creo que puede interpretarse lo que dice Marchena Gómez, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 539.

52. Una primera aproximación en González-Cuellar, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 76-89.

53. Acerca del mismo, González-Cuellar, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 426-428.

54. Véase González-Cuellar, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 410-412.

Es decir, se reedita la situación tratada por la STC (Pleno) núm. 145/1988 de 12 julio (RTC\1988\145) respecto del procedimiento de la LO 10/1980.

10.2. ¿Una oportunidad perdida para atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal?

La Propuesta de 2013 puede considerase una oportunidad perdida para un cambio del proceso penal español que solo puede producirse por vía legislativa: la atribución al MF de la dirección de la investigación previa al juicio oral.

Son muchos los factores que condicionan una reforma legal de esa entidad, pero en esta ocasión parecía concurrir un factor decisivo favorable al cambio.

En el llamado Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, que el Gobierno y los dos partidos mayoritarios firmaron el 28 de mayo de 2001, las posturas de las dos fuerzas políticas parecían alejadas en esta materia, porque, si bien el texto no omitió referirse a la misma, los términos no expresan puntos de acuerdo, sino simplemente una descripción de las opciones abiertas para la regulación.[55]

Con posterioridad las posturas sobre esta cuestión de política jurídica se han acercado en lo sustancial.

Por una parte, el Anteproyecto de LECrim que publicó en 2011 el Ministerio de Justicia de un Gobierno del Partido Socialista atribuía al MF la potestad de dirigir la investigación (principalmente, arts. 55.2, 452, 456 y 457 y siguientes del Anteproyecto).

La Propuesta de 2013, preparada por una Comisión constituida por el Ministerio de Justicia de un Gobierno del Partido Popular, optaba, también, por atribuir la dirección de la investigación al MF (art. 240 Propuesta de 2013). En mi opinión, el texto consigue mantener el respeto a la efectividad de las acusaciones particular y popular en cuanto a dotar de garantías a la relevancia de su posición acusadora en momentos críticos de colisión con la posición del MF (arts. 91.2, 92.2 y 110 Propuesta de 2013)y en cuanto a la protección del legítimo interés de los acusadores no oficiales respecto de un plena actividad investigadora (arts. 420.1, a y 423 Propuesta de 2013). Tam-

55. En el punto 17 del Pacto se puede leer lo siguiente: «La tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez, que asegurará que la misma se realice en un plazo proporcionado y razonable y todas las consecuencias y responsabilidades derivadas de la observancia del mismo, como el esfuerzo de medios personales y materiales necesarios para modificar, en su caso, con garantías el sistema actual, o el nuevo papel diferenciado del Juez como Juez de garantías, que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales».

bién respeta el derecho de la defensa del encausado a una plena actividad investigadora durante el procedimiento preliminar (principalmente, art. 427.3 al 5 Propuesta de 2013).

Las razones que impidieron que la Propuesta de 2013, y con ella ese cambio de modelo en la dirección de la investigación, avanzara en el proceso pre-parlamentario y parlamentario habrán sido variadas,[56] pero creo que la fundamental ha sido la inevitable incidencia en el gasto público de una operación de esta naturaleza.

Si el MF ha de asumir la dirección de la investigación será necesaria la asignación de nuevos recursos a la institución o una reasignación de recursos actualmente asignados a los juzgados.[57] Esa reordenación de medios materiales y efectivos personales en uno de los sectores del servicio público de la Justicia no puede ser asumida sin aumento del gasto público. En definitiva, es una reforma que no puede acometerse con normas como la que, sin excepción, se incluye en todas y cada una de las leyes que hemos mencionado en el apartado 10: «Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal».

---

56. Marchena y González-Cuellar, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 30, mencionan «la negativa de un importante sector del Ministerio Público al control judicial de la actividad investigadora que se le encomendara». Tal vez se haya avanzado en la superación de la desconfianza hacia la independencia del MF respecto del Poder Ejecutivo, pero, en la medida en que esa desconfianza subsista, es electoralmente peligroso, especialmente en un momento de abundantes e importantes causas penales por corrupción, propiciar un cambio esencial en las funciones del MF.

57. De hecho, respecto de sus actuales y limitadas funciones de investigación, el MF ha advertido de la imperiosa necesidad de aumento de los medios personales a su disposición (*Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, elaborado por el Consejo Fiscal a partir de las aportaciones de las Fiscalías, accesible en https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/documentos_consejo_fiscal, págs. 19-20 —última visita 29/12/2015). Con vistas a la asunción de las funciones de dirección de la investigación serían necesarios tanto la adaptación de la plantilla del MF (*Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, cit., pág. 65), como cambios en la Oficina Fiscal y un aumento del personal de la misma (*Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, cit., págs. 67-73).

Plazos máximos para la instrucción penal

José Luis Vázquez Sotelo
Catedrático de Derecho Procesal

«Nada interesa más a una Nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal»

Manuel de Lardizábal y Uribe,
prólogo a su obra «Discurso sobre las penas contraído a las Leyes Criminales de España para facilitar su reforma», Madrid, 1782[1]

SUMARIO. 1. Las reformas sectoriales de la LECrim por la Ley 41/2015 y la Ley Orgánica 13/2015. 2. Proceso y tiempo. 3. La lentitud de la Justicia y la «duración razonable del proceso» como garantía del «debido proceso de ley». 4. Vieja y nueva preocupación del legislador por la duración de la instrucción. 5. Plazos máximos establecidos en el nuevo art. 324 LECrim. «Instrucciones sencillas» e «instrucciones complejas». 6. «Plazo máximo excepcional» para finalizar la instrucción. 7. Casos legales de complejidad. ¿«Numerus clausus»? 8. Interrupción de los plazos. 9. Efectos. Validez de las diligencias acordadas y sanción de no poder solicitar diligencias complementarias. 10. Juicio crítico.

1. No tengo a mano el «Discurso» de Lardizábal, «el Beccaria español» y también el «Beccaria mexicano» en atención a su nacimiento en Tlaxcala, México, y tomo prestada la cita al Ilustre procesalista mexicano Prof. Sergio García Ramírez, de su obra «Moradas del Poder», Seminario de Cultura mexicana, 2000, pág. 94, discípulo del Prof. Alcalá-Zamora y Castillo, que fue Fiscal General de México y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Las reformas sectoriales de la LECrim por la Ley 41/2015 y la Ley Orgánica 13/2015

En las dos últimas legislaturas en España se han elaborado dos anteproyectos para sustituir la anciana y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Una comisión de profesores, magistrados y fiscales elaboró un borrador o anteproyecto de Código Procesal Penal y otra comisión preparó un anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (las discrepancias se advierten ya en el nombre que debe recibir el nuevo texto legal porque aunque se trata, indudablemente, de un Código, en España llevamos siglos poniendo el acento en el «enjuiciamiento» de modo que lo que en otros países se denominan Códigos aquí son «Ley de enjuiciamiento», como sucede con la que regula el proceso civil y a semejanza de lo que ocurre vg. en Alemania). Ambos anteproyectos fueron terminados y presentados oficialmente pero ninguno de los dos pasó el trámite parlamentario. No obstante, los trabajos efectuados han servido como arsenal de posibles criterios legislativos para actualizar la regulación legal de algunas materias carentes de regulación actualizada en la LECrim. por derivar de adelantos científicos o de las nuevas técnicas de investigación que han ido apareciendo en las últimas décadas y cuya ausencia de regulación legal era sustituida por los criterios jurisprudenciales o doctrinales. Al no haber sido posible sustituir la LECrim., el Gobierno ha utilizado la regulación avanzada en los anteproyectos para introducirla en los artículos afectados de la LECrim. de 1882. A ese propósito responden las dos Leyes recientemente promulgadas para la reforma sectorial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La regulación del procedimiento penal es la de una maquinaria delicadísima cuyo funcionamiento no solo mide el grado de cultura jurídica de una comunidad sino que afecta a los ciudadanos y a muchos profesionales (Jueces y Magistrados, Ministerio Público, Abogados, Policía científica, fuerzas de seguridad) cuya intervención en el proceso ha de ser regulada con extremo cuidado.

Por otra parte, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (superficialmente despreciada y tachada muchas veces de «obsoleta») es un prestigio histórico de nuestra legislación. Al tiempo de ser promulgada fue el Código del proceso penal más adelantado de todo el mundo. Sus buenos principios inspiradores se han mantenido incólumes durante más de un siglo a pesar de los grandes cambios y transformaciones producidas y han podido ser revitalizados y llenados de contenido actual por la jurisprudencia constitucional. Su articulado está escrito con la mejor prosa utilizada por el legislador español. Y la Exposición de Motivos es una joya de la literatura procesal que debería seguir figurando en la futura ley como primera lección del Derecho Procesal Penal. En ella el gran jurista Alonso Martínez, que presidió la elaboración de la LECrim. y la promulgó como Ministro, va explicando, con exquisita pedagogía, las lacras del viejo

procedimiento penal y las piezas utilizadas para reemplazarlo. Un Código tan emblemático no debiera ser sustituido por otro que no tenga la debida dignidad científica, literaria y artística para ocupar su lugar.

Por ello debe ser bienvenido el criterio legislativo de anticipar la regulación sectorial de materias afectadas por los avances científicos o tecnológicos producidos en nuestros días, injertando las nuevas regulaciones en la vieja Ley a fin de que los operadores del proceso penal cuenten con los criterios legales para su actuación. Tal es la finalidad de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, y de la Ley Orgánica 13/2015, de la misma fecha, para las materias afectadas como derechos fundamentales, cuya modificación exige ese rango legislativo.

2. Proceso y tiempo

El presente trabajo se limita a analizar la novedad de los tiempos o plazos establecidos en el nuevo art. 324 LECrim. para la instrucción de la causa penal.

El tema se prestaría a hacer un reflexión o ensayo sobre «proceso y tiempo» o sobre «los tiempos del proceso», que podría comenzar con la necesidad de tiempo sin el cual el proceso no se concibe, porque entre los humanos el proceso instantáneo no existe (ni siquiera en los casos de delito «in fraganti»). En la terminología forense antigua había múltiples expresiones que aludían al tiempo y a los tiempos de los juicios. Algunas veces el juez tenía que resolver sin detenerse («sin levantar mano», disponía gráficamente la LEC) pero normalmente «daba traslado» o audiencia a la otra parte. El proceso era una sucesión de «formas» o «ritos» y con la sucesión de esas formas el proceso «se vestía» y se «fulminaba» para conducirlo a su fin inmediato. En la época del gran legislador que fue el Rey Alfonso X el Sabio hubo obras de práctica forense tituladas gráficamente «Relox de pleytos» o «Los tiempos de los pleytos», para exponer las unidades de tiempo o «términos» en los cuales el proceso había de sustanciarse y decidirse. Había un plazo o término para presentar la demanda o querella, un término para contestar, otro para plantear excepciones y otro para responderlas, otro para probar, otro para concluir, etc.

3. La lentitud de la Justicia y la «duración razonable del proceso» como garantía del «debido proceso de ley»

Pero en esta ocasión el tiempo lo toma el legislador bajo la perspectiva de la lentitud de los procesos y de la demora en producirse la respuesta judicial, lo que ocasiona uno de los mayores y más extendidos males de la Justicia en

nuestros días: el de la *lentitud de la Justícia*. Seguramente la mejor síntesis es la que hizo un profesor tan Ilustre como Calamandrei con éste argumento: si, según un dicho bien conocido, «el tiempo es oro», cuando se trata del proceso el tiempo es la justicia misma, porque una justicia exageradamente tardía es una justicia devaluada.

Al ser una lacra tan extendida se comprende que la exigencia de una justicia en tiempo breve o a lo sumo «en tiempo razonable» haya sido incluida en los pactos y convenios internacionales entre los derechos fundamentales de los ciudadanos, como puede verse en el Convenio Europeo de derechos humanos y en la Jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo.

Hay otro aspecto que afecta especialmente a los Gobiernos. Nuestra época está dominada no solo por la velocidad y por la prisa sino también por la sociología y la publicidad propia de la sociedad de comunicación. Los repetidos funcionamientos defectuosos de las instituciones se convierten en frecuente noticia, la cual trasciende del caso concreto y se hace pública y de general conocimiento al ser difundida por los medios de comunicación. En muchas sociedades modernas se realizan estudios de opinión para conocer cuales son las mayores preocupaciones de los ciudadanos o cuales los servicios de peor funcionamiento y si el funcionamiento de la justicia está desvalorizado por su lentitud y sus retrasos y a la postre por su ineficacia, se convierte en un importante reproche al Gobierno. Si el sistema político es democrático esas deficiencias pueden colocarle ante la eventualidad de que los ciudadanos no le revaliden su confianza en las próximas confrontaciones electorales. Esa queja es endémica en España casi cuarenta años después de estar vigente la Constitución de 1.978 con el funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial. Sin duda ese argumento ha tenido influencia para la elaboración de las dos citadas leyes de reforma del procedimiento criminal y para el establecimiento de unos «plazos para la instrucción» para imprimirle mayor celeridad.

4. Vieja y nueva preocupación del legislador por la duración de la instrucción

La preocupación por la duración de la instrucción de los procesos penales ya la sintió Alonso Martínez al elaborar la LECrim. En la Exposición de Motivos el gran Ministro habla de «la marcha perezosa» del procedimiento penal como uno de los males a corregir. En el art. 324, en su redacción original, dejó establecido que, si al cabo de un mes de ser incoado, un sumario no se hubiere terminado, el instructor deberá dar a la Audiencia cada semana un parte de adelanto expli-

cando las causas de que no se haya podido concluir, para que puedan adoptar las medidas conducentes a su pronta terminación. Fue una disposición para la sociedad de la época, no masificada, en la que en importantes ciudades como Barcelona unos pocos Juzgados «livraban lo civil y lo criminal», como dijo un famoso cancionero. El precepto siguió formalmente en vigor durante todo el siglo, pero hacía ya muchos años que había caído en desuso.

Ahora el legislador ha querido revitalizar aquella exigencia estableciendo «plazos realistas» para terminar el sumario (plazos que dice tomar de los estudios estadísticos sobre la duración de las causas penales). Cree el legislador que es en la instrucción donde se producen los grandes retrasos del proceso penal, cuando las causas de las demoras con frecuencia son orgánicas.

5. Plazos máximos establecidos en el nuevo art. 324 LECrim. «Instrucciones sencillas» e «instrucciones complejas»

La Reforma establece un plazo que podemos considerar ordinario para la instrucción de la causa (ya se llame sumario o diligencias previas). Ese plazo es ahora de seis meses (art. 324, 6, 1 y 2), durante el cual el Juez y el Fiscal, al averiguar el delito y sus circunstancias, deben evaluar si la *instrucción* va a ser *sencilla* o *compleja*. La propia ley indica las circunstancias ante las cuales se considera que la investigación va a ser compleja. Si declara que la instrucción será *compleja*, «el plazo para la instrucción» pasa a ser de dieciocho meses, plazo que el instructor podrá prorrogar por otro plazo igual (o inferior).

El plazo de dieciocho meses para las instrucciones complejas no se suma al plazo inicial y ordinario de seis meses, sino que en los casos de complejidad el plazo breve de seis meses para las instrucciones sencillas pasa a ser de dieciocho meses. Para ello es necesario que el Ministerio Fiscal haya solicitado al Instructor que declare la «complejidad» de la investigación y que el Instructor así lo declare «previa audiencia de las partes».

La redacción legal suscita varias dudas:

1. La ley dispone que la petición de la Fiscalía debe presentarse «por escrito», «al menos tres días antes de la expiración del plazo máximo de seis meses». Pero la ley se refiere ahora a la «solicitud de prórroga» del plazo dejando la duda de si la exigencia de que la petición del Fiscal se haga por escrito presentado al menos tres días antes de la expiración del plazo y que a la resolución preceda audiencia de las partes también se exigirá para solicitar que el plazo

de seis meses se extienda a dieciocho meses o sólo se aplica a la «prórroga» de este. Debe tenerse en cuenta que puede haber dos prórrogas de plazo: la del plazo máximo inicial de seis meses a los dieciocho meses y la prórroga de este plazo para instrucciones complejas.

2. La Ley crea otra duda porque después de establecer que la declaración de complejidad debe hacerse por «*circunstancias sobrevenidas a la investigación*» vuelve a repetir «*o concurran de forma sobrevenida*» alguna de las circunstancias establecidas en el apartado siguiente. Pero ¿por qué las circunstancias que impiden concluir el sumario han de ser «sobrevenidas»?.

Según el Diccionario de la Academia «sobrevenida» es una cosa que sucede o se conoce después de otra. Serían las circunstancias que inicialmente no constaban pero que se han descubierto con la investigación (de ahí que sean «sobrevenidas») y que son las que aconsejan considerar la instrucción «compleja». Pero esta conclusión es insatisfactoria porque entre las siete circunstancias tipificadas por la ley (cfr. núm. 2) algunas pueden venir ya definidas desde el inicio (vg. que el hecho delictivo involucre a múltiples víctimas o gran cantidad de investigados).

3. ¿Qué sucede si el Fiscal no solicita la declaración de «complejidad» dentro de los tres días anteriores a la expiración del plazo inicial de seis meses o si el juez no lo acuerda y después la instrucción no puede concluirse dentro del plazo?.

Para que esto no suceda cabe suponer que las Fiscalías, preventivamente, tendrán preparados escritos formularios impresos para pedir la declaración de que la instrucción va a ser «compleja». Y los Juzgados de Instrucción dispondrán también de modelos impresos para las resoluciones correspondientes. Cabe pensar que habrá muchas peticiones y declaraciones «preventivas» de la complejidad, para evitar que se produzcan estas situaciones. Si no obstante la dificultad se produce, podría el Ministerio Fiscal solicitar —y en esta hipótesis también «alguna de las partes personadas»— la concesión del «*nuevo plazo máximo*» (previsto en el núm. 4) para finalizar la instrucción. El nuevo plazo no está determinado en la ley pero deberá ser en cada caso el que se considere necesario y suficiente para terminar la instrucción. No obstante, la regulación legal tiene en este punto dos inconvenientes: a) primero, que la concesión de este nuevo plazo se establece como algo «excepcional» y b) segundo, que se exige que la solicitud se haga «antes del transcurso de los plazos establecidos» en los apartados anteriores del largo art. 324.

Otra solución podría alcanzarse dentro del primer plazo acudiendo, cuando sea posible, a la interrupción del plazo, «declarando el secreto del sumario» o acordando el «sobreseimiento provisional», porque las dos resoluciones tienen

la virtud de «interrumpir» el transcurso de los plazos (cfr. núm. 3) y permiten la «reapertura» del sumario o reanudación del procedimiento.

6. «Plazo máximo excepcional» para finalizar la instrucción

Previsto en el apartado 4 del nuevo art. 324 como un remedio final, podría ser la solución para concluir los sumarios que no han podido terminarse en los plazos y sus prórrogas. Acaso por eso en esta hipótesis la ley legitima para solicitar ese nuevo plazo no solo al MF sino también a cualquiera de las partes personadas (por lo tanto al acusador particular o al popular y la defensa). El criterio del legislador tiene apoyo en la necesidad de evitar que puedan producirse situaciones de impunidad al quedar desarmada la acusación por defectos en la instrucción y el transcurso de los plazos establecidos. De ahí que establezca una especie de «plazo final» para que se concluya. Pero al legislador tendría que parecerle una flagrante contradicción señalar unos nuevos plazos para la instrucción y a la vez abrir un plazo final con la misma finalidad. Por eso establece que para concederlo es necesario que existan «razones que lo justifiquen», que deberán alegar el MF o la parte personada y que esas razones deben constar en la causa.

Pero la regulación legal presenta dos notas que le pueden restar efectividad: a) la primera es su carácter «excepcional» y b) la segunda que ha de ser solicitado «antes del transcurso de los plazos establecidos y de la prórroga acordada», cuando podía pensarse que esta última posibilidad de plazo para concluir la instrucción se establecía para ser utilizada cuando hayan fallado las posibilidades establecidas previamente.

7. Casos legales de complejidad. ¿«Numerus clausus»?

Los «casos legales de complejidad» establecidos en el nuevo art. 324 son los siete siguientes:

a) que el sumario se refiera a *grupos u organizaciones criminales*
b) comprenda *numerosos hechos punibles*
c) involucre a *gran cantidad de investigados o de víctimas*
d) exija la realización de *pericias o* colaboraciones que impliquen el *examen de abundante documentación o de complejos análisis.*
e) implique la realización de *actuaciones en el extranjero*
f) precise la *revisión de la gestión de personas jurídico privadas o públicas*
g) se trate de un *delito de terrorismo.*

Sin perjuicio de la deficiente tipificación de alguna de las causas y aunque las circunstancias son amplias, es fundamental formularse la pregunta de si deben considerarse como *numerus clausus* o si pueden admitirse otras por razón de analogía y por tener unos efectos equivalentes para la complejidad del sumario. La redacción de la disposición legal no ayuda a resolver la duda, pero parece preferible asimilar a las causas tipificadas cualquier otra circunstancia de efectos dilatorios equivalentes a los de las circunstancias contempladas por el legislador.

8. Interrupción de los plazos

Como queda dicho, la nueva regulación legal contempla dos supuestos:

a) Secreto del sumario
b) Sobreseimiento provisional

Para que se puedan acordar cualquiera de estas dos situaciones es necesario que concurran los requisitos que la LECrim. establece para cada supuesto.

Si se acuerda el secreto del sumario, mientras el secreto se mantenga el plazo queda interrumpido.

Si se acuerda el sobreseimiento provisional (con fundamento en alguno de los supuestos del art. 641 LECrim,) el plazo queda interrumpido y, si la causa se reabre, «continuará la investigación por el tiempo que reste, sin perjuicio de acordar la prórroga del apartado siguiente» (es decir, la del núm. 4, que permite solicitar un último plazo para concluir la instrucción).

Hay tres razones para considerar defectuosa la regulación legal. En primer lugar, el «apartado siguiente» (es decir, el del núm. 4) no habla de prórroga sino de «fijar un nuevo plazo máximo» para concluir la instrucción después de que el plazo máximo inicial y sus eventuales prórrogas hayan resultado insuficientes. En segundo lugar, esa posibilidad la propia ley la considera «excepcional», hasta el punto de que legitima para solicitarla no solo al MF sino también a cualquier parte personada (por lo tanto, inclusive la defensa, aunque no sea normalmente la interesada en activar la instrucción). En tercer lugar, porque la ley exige que concurran «razones que lo justifiquen», lo que nos remite a la exigencia de fundamentación de la petición «excepcional». Además, la ley exige que el plazo máximo final «ha de ser solicitado antes del transcurso de los plazos establecido y de la prórroga acordada».

¿Cual es o debe ser la duración del «nuevo plazo máximo»?. La ley no lo dice, pero en cada caso deberá tener la duración que se considere necesaria (y suficiente) para terminar la instrucción.

9. Efectos

1. Sanción de no poder solicitar «diligencias complementarias».

«Diligencias complementarias» son las que se pueden solicitar en la etapa intermedia sobre la conformidad o disconformidad con la resolución de conclusión del sumario. En caso de disconformidad se devuelve la causa al Tribunal con la petición de diligencias complementarias que se consideran indebidamente omitidas en la instrucción realizada, por ser necesarias y procedentes. Son esas las diligencias que ahora el MF o las partes personadas no podrán pedir si no han solicitado el plazo máximo excepcional para finalizar la instrucción. El reproche vuelve a ser el mismo: si esas diligencias complementarias son necesarias para fundar la acusación sobre determinados extremos se puede estar favoreciendo la impunidad, con la consiguiente irritación de la sociedad, en contra del fin público y del magisterio ético que debe desempeñar el derecho penal y el proceso penal.

Este grave inconveniente podría evitarse proponiendo para el juicio la prueba conveniente y solicitando después, si resultó favorable, la práctica de la «instrucción suplementaria» que prudentemente dejó establecida la centenaria LECrim. en el art. 746, núm. 6º para los casos en que se produzcan revelaciones o retractaciones inesperadas que hagan necesarios «nuevos elementos de prueba» o alguna «sumaria instrucción suplementaria», es decir, que hagan necesario terminar o completar la instrucción con una averiguación más completa de los hechos y de las personas responsables.

2. El mero transcurso de los plazos máximos establecidos en ningún caso dará lugar al archivo de las actuaciones. Para ello es necesario que concurran las circunstancias establecidas para el sobreseimiento libre o para el provisional en los arts. 637 y 641 LECrim., sin que el mero transcurso de los plazos pueda equipararse a ellas.

3. *Validez de las diligencias acordadas* (núms. 7 y 8)*:* Las diligencias «acordadas antes» del transcurso de los plazos legales «serán válidas aunque se reciban después de transcurrir el plazo», es decir, si los datos solicitados llegan al Juzgado de Instrucción cuando ya ha finalizado el plazo para la instrucción. Pero se exige que las diligencias «hayan sido acordadas antes» del transcurso del plazo, por lo que no se podrán acordar una vez transcurridos.

10. Juicio crítico

La Reforma de la LECrim. acometida en las dos leyes citadas al principio, tiene indudables aciertos. Entre ellos cabe citar la instauración de la 2ª instancia con carácter general en los procesos penales, la apertura de la casación (que deberá permitir formar jurisprudencia sobre todas las figuras delictivas) o la puesta a punto de la regulación de la conexión en materia penal (que se espera evite la frecuencia de las macrocausas que se eternizan y de los macrojuicios que exigen la actuación de los magistrados de un Tribunal durante muchos meses). Además, desde el punto de vista de la metodología legislativa, el criterio de aprovechar los estudios de los dos Anteproyectos elaborados para traer al texto de la ley las regulaciones de nuevas materias en las que el autor de la LECrim. no pudo pensar en su época (nuevas técnicas de la instrucción, nuevos medios de prueba, singularmente las pruebas biológicas con la identificación del autor mediante restos en el escenario del crimen que permitan establecer su ADN, pruebas ilícitas, y tantas otras materias que son consecuencia del progreso de diversas ciencias y técnicas y de los adelantos de la criminalística) debe considerarse una metodología acertada porque permitiría modernizar profundamente la vieja LECrim., conservando formalmente el Código del proceso penal que, como queda dicho, fue al ser promulgado la ley procesal más perfecta del mundo y un indudable prestigio de nuestra codificación. Su Exposición de Motivos, escrita en excelente prosa castellana, podría seguir siendo la primera lección del proceso penal que recibirían los alumnos y los jóvenes abogados criminalistas. Todo lo que tendría que hacer el legislador es continuar esa metodología en el resto del articulado de la LECrim. Sería una obra semejante a la que en 1.972-73 acometimos para el proceso civil los Profesores de Derecho Procesal de la época, bajo la dirección del Prof. Prieto-Castro, plasmada en los dos volúmenes titulados *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Tecnos), que años después sirvió de guía para la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (una guía parcial, porque aquella «obra quijotesca» quedó inconclusa, ante la indiferencia del Ministerio de Justicia que recibió los dos volúmenes publicados que le fueron formalmente entregados, y en el articulado de la LEC 2000 se nota bien donde falta aquel soporte).

En cambio, la nueva regulación legal en punto a los nuevos plazos para la instrucción de los sumarios, debe merecer un juicio desfavorable. Las causas de la demora de los Juzgados y Tribunales son casi siempre orgánicas (¡ya lo eran cuando el Ministro Alonso Martínez incluyó en el Código procesal el artículo equivalente al ahora reformado!) y por lo tanto deben ser corregidas mediante soluciones orgánicas. Los ingenuos y bienpensantes pudimos esperar que cuando se puso en marcha el CGPJ. esa y otras muchas lacras de los procedimientos judiciales iban a ser corregidas… En la actualidad y desde

hace muchos años, en los Juzgados de Instrucción unas veces no hay juez «instructor» titular al frente del Juzgado o el equipo judicial está incompleto. Hay Juzgados «vacantes» que permanecen así tiempo, con jueces suplentes o con prórroga de jurisdicción. Hay procedimientos «notorios», apenas incoados, en los que se ha tardado diez meses en citar a declarar a los denunciados sin que nadie parezca sorprenderse. Los políticos que llegan para preparar la legislación, aunque todos se protegen tras el nombre de Alonso Martínez, al que quieren imitar, acaban acreditándose como incompetentes (ahí están las sucesivas reformas procesales de más de medio siglo para acreditarlo). Olvidan que el famoso Ministro de la Monarquía ante todo era un excelente y culto jurista, con gran conocimiento de la realidad, al que las circunstancias permitieron actuar como hábil político para impulsar la importante obra legislativa. Algunos de esos políticos son los que, por ejemplo, para paliar la falta de jueces han abierto «turnos» de acceso a la judicatura para abogados sin someter sus conocimientos ni su vocación a controles con el debido rigor y sin acreditar si concurre su vocación judicial, sino con la fórmula fácil de «buscar jueces de instrucción» entre abogados supuestamente «progresistas», invocando como argumento que «así se seleccionan también los jueces en Inglaterra»… Los profesores y abogados con muchos años de experiencia podríamos aportar vivencias y anécdotas bien ilustrativas de los dislates cometidos rigiendo ya la Constitución de 1.978. Hay Juzgados que tienen que instruir múltiples «causas complejas» sin que se refuerce su dotación, cuando sería fácil que el CGPJ pudiese disponer de jueces y personal de refuerzo bien preparado para que también esas causas complicadas pudiesen instruirse en plazos razonables (vg. duplicando o triplicando para ellas el número de jueces o fiscales instructores). Entre tanto abandono, el legislador prefiere debatir si la instrucción debe seguir atribuida al Juez de Instrucción (la genial creación del Código de Napoleón en la que acertadamente se inspiró nuestro legislador del siglo XIX) o si debe ser confiada a los Fiscales que integran nuestro Ministerio Público.

Y como las críticas de los retardos en la maquinaria de la Justicia los ciudadanos las dirigen a los políticos que ostentan el gobierno, se quiere resolver el clamor a base de imponer plazos para la instrucción, como si fuese el único trámite en el que se produjesen los retrasos en el procedimiento. Pero con los nuevos plazos, la instrucción de un sumario de una causa compleja va a durar 18 meses, como plazo inicial, con otros 18 meses, como segundo plazo (lo que hace un total de 36 meses) más un «plazo final» para concluir la correspondiente instrucción. Es decir, después de la Reforma vamos a seguir con sumarios en cuya tramitación se siguen invirtiendo cuatro años con lo que, en el mejor de los casos, se habrá ganado muy poco y el esfuerzo del legislador apenas habrá valido la pena.

Problemática del límite máximo de duración de la instrucción en la Ley 41/2015[1]

Elisabet Cerrato Guri
Profesora agregada de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. Introducción 2. ¿Cuánto debe durar la investigación? 3. ¿Cuándo se producen dilaciones indebidas en la fase de instrucción? 4. ¿Soluciona la nueva redacción del art. 324 LECrim el problema de las dilaciones indebidas en la fase de instrucción? 4.1. Ampliación del plazo para la instrucción 4.2. Prórroga de los plazos ordinarios 4.3. Aspectos conflictivos del renovado art. 324 LECrim 4.3.1. La interrupción del plazo de investigación 4.3.2. La prórroga excepcional de la instrucción 4.3.3. La conclusión de la instrucción 5. Conclusiones 6. Bibliografía

1. Introducción

La LECrim define de forma clara en su art. 299, y a diferencia de lo que sucede con otros preceptos de su regulación, en qué consiste la fase de instrucción del proceso penal. Se trata de aquellas actuaciones que tienen por finalidad la comprobación de los hechos delictivos así como la implicación de quienes hubieren participado en los mismos, además de asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles que de ellos pudieren derivarse, siendo suficiente «la simple notitia criminis (…) para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito [STC 169/1990 (RTC 1990\169)] sin necesidad de que las partes lo pidan

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «La prueba civil a examen: estudio de sus problemas y propuestas de mejora» (DER 2013-43636-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Consolidado «Derecho probatorio» (2014SGR438), reconocido por la Generalitat de Catalunya. El investigador principal de ambos proyectos es el prof. Dr. Joan Picó i Junoy.

expresamente» (STC 32/1994, de 31 de enero, f.j. 3º).[2] Esta realidad sitúa al sujeto que está siendo investigado en un escenario de incerteza que tan sólo se resolverá con el sobreseimiento de la causa o bien la apertura del juicio oral (arts. 632 y 779 LECrim). Por este motivo es imprescindible que la investigación se alargue el tiempo que sea estrictamente necesario para cumplir su cometido.

No obstante, la práctica de nuestros tribunales evidencia una duración excesiva de la instrucción que, con demasiada frecuencia, lleva aparejada la vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Ello se explica, esencialmente, por la ausencia de una regulación legal que concrete este importante extremo. La creciente preocupación por esta cuestión ha comportado que uno de los principales objetivos de la reforma que la Ley 41/2015 ha operado en la LECrim haya sido establecer determinadas medidas «que permitan evitar dilaciones innecesarias sin merma alguna de los derechos de las partes»,[3] entre las cuales, la previsión de un régimen más completo del plazo máximo para la instrucción, a través de la modificación del art. 324 LECrim.

El presente trabajo tiene por objeto examinar si la nueva redacción del art. 324 LECrim logra alcanzar tan loable propósito del legislador eliminando, de una vez por todas, las dilaciones que de manera injustificada operan en la instrucción del proceso penal.

2. ¿Cuánto debe durar la investigación?

El art. 324 LECrim (en vigor hasta el 6 de diciembre de 2015) fija en un mes el plazo estimado para la finalización del sumario, transcurrido el cual sin haber logrado cerrar la instrucción, «el Secretario judicial dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión», al margen de la obligación de los Jueces de instrucción de dar «cuantas noticias les pidieren» los Fiscales de las Audiencias sobre el estado y evolución del sumario. Así, parece que por regla general todos los sumarios deban realizarse en el plazo de un mes, y solo, excepcionalmente, cuando dicho plazo no pudiera cumplirse, pueda alargarse la instrucción teniendo en cuenta su necesaria terminación tan pronto como sea posible. Sin embargo, la interpretación y aplicación de esta norma se ha realizado en

2. Entre la doctrina que se ha referido al concepto de instrucción, destacamos a RAMOS MÉNDEZ, F., «Enjuiciamiento Criminal», 11ª ed., Atelier, Barcelona, 2014, p. 179. A mayor abundamiento, vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De la formación del Sumario», en *V-lex*, Barcelona, 2013, pp. 274 a 284.

3. Apartado II de la Exposición de motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

un sentido muy distinto al manifestado, convirtiéndose la excepción en regla general (por imposibilidad real, en la mayoría de supuestos, de finalizar la instrucción en tan breve espacio de tiempo) y, lo que es más grave, sin la concreción de límite temporal alguno.[4]

En consecuencia, si bien es cierto que el propósito de la norma es que la instrucción dure el tiempo estrictamente necesario,[5] no lo es menos que su defectuosa redacción avala que ésta pueda prolongarse *sine die* de manera casi injustificada (con la mera presentación de partes y realización de comunicaciones), provocando en el investigado una situación de incertidumbre mayor de la que en principio debiera soportar.

3. ¿Cuándo se producen dilaciones indebidas en la fase de instrucción?

Como era de esperar, las carencias de la norma procesal en la materia que ahora nos ocupa han sido colmadas por nuestra doctrina constitucional, que se ha encargado de delimitar cuándo la excesiva duración de la instrucción provoca dilaciones indebidas.

Sobre la base de la STC 230\1999, de 13 de diciembre, Jaén Vallejo destaca la necesaria realización «de toda actividad judicial indispensable para la resolución del caso» a la mayor brevedad posible.[6] Por lo tanto, también de la instrucción. Ahora bien, el propio TC se ha encargado de concretar, entre otras, en su STC 153/2005, de 6 de junio, f.j. 2º que ello no debe confundirse con el derecho a que el órgano judicial cumpla con los plazos establecidos en las leyes procesales, sino que hace referencia a la obligación de realizar la función que tiene encomendada en virtud del art. 117.3 CE en un «plazo razonable», y ello «en línea con lo previsto en el art. 14.3 c) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966 (…) y en el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950».[7] De no

4. Algunos autores, como Castillejo Manzanares, R., «Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios», La Ley, Madrid, 2010, pp. 24 y 28, han destacado que uno de los grandes problemas de la instrucción es «su desmedida duración». En esta línea, vid. también Richard González, M., «Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal», Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 438.

5. Al respecto, Ramos Méndez, F., ob. cit., p. 184 destaca el derecho de todo imputado a que «su sujeción al juicio penal se defina lo antes posible, bien para recuperar su condición de ciudadano libre de toda sospecha, bien para sufrir las consecuencias de la condena».

6. Jaén Vallejo, M., «Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal», Dykinson, Madrid, 2002, p. 37.

7. En este mismo sentido destacamos, entre muchas otras, la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7ª), de 25 de junio de 2002, f.j. 6º (RJ 2002\7062).

ser así, se incurrirá en dilaciones indebidas.[8] Pero, ¿qué debe entenderse por plazo razonable? Lo cierto es, y así lo reconoce el propio tribunal, que se trata de un concepto jurídico indeterminado o abierto que deberá concretarse en cada caso «mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico». A tal fin, el TC ha fijado unos criterios que le permitirán valorar cada supuesto particular, siendo de destacar «la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el comportamiento de los litigantes y el del órgano judicial actuante (STC 303/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 303], F. 4). Además es doctrina reiterada de este Tribunal [basada en el requisito que impone el art. 44.1 c) LOTC (RCL 1979, 2383)] que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede plantearse directamente ante él sin haberla denunciado previamente ante el órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible la reparación por la jurisdicción ordinaria de las vulneraciones del derecho constitucional poniendo remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso, con lo que se preserva el carácter subsidiario del recurso de amparo».[9]

Si acaban produciéndose dilaciones indebidas en la fase de instrucción, ¿podrá de alguna manera repararse el derecho violado? De nuevo, la respuesta debemos buscarla en nuestra doctrina judicial que ha considerado, para el caso que acabe condenándose al investigado, la compensación de la lesión producida por la reducción de la pena. Así lo ha puesto de manifiesto la STS (Sala Penal, Sección 1ª) 521/2012, de 21 de junio[10] al destacar que «[…] la jurisprudencia ha elaborado esa construcción jurídica a partir del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 21.5.1999 que determinó la posibilidad de reparar, en el propio proceso penal en el que había tenido lugar, la dilación indebida, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, mediante su compensación a través de una reducción de la pena y su criterio fue expuesto y razonado por la conocida sentencia de fecha 8 de junio de 1999, primera de una serie que la confirman».

---

8. Dos claro ejemplos en los que la duración de la instrucción excede de lo razonable en opinión del tribunal los encontramos en la STS (Sala de lo Penal) 276/2010, de 2 de marzo (RJ 2010\3947) y SAP Guadalajara (Sección 1ª) 87/2012, de 9 de julio (ARP 2012\604).

9. La STC (Sala Segunda) 177/2004, de 18 de octubre de 2004, ff.jj. 2º y 3º, recuerda asimismo la doctrina constitucional acerca del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siendo de notar la especial atención que dedica al orden penal por cuanto aunque «es invocable en toda clase de procesos» es «en el penal, en el que las dilaciones indebidas pueden constituir una suerte de *poena naturalis*», por lo que «debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación y, asimismo, en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de Sentencias». A esta cuestión se ha referido también Cordón Moreno, F., «Las garantías constitucionales del proceso penal», 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 187 a 190.

10. f.j. 3º (RJ 2012\9843).

4. ¿Soluciona la nueva redacción del art. 324 LECrim el problema de las dilaciones indebidas en la fase de instrucción?

La inconcreción legal respecto de la duración de la instrucción tampoco ha encontrado una respuesta satisfactoria en la doctrina constitucional, lo que implica que en cada concreto caso deban examinarse los criterios antes indicados para esclarecer si se ha respetado el plazo razonable en la instrucción, siendo clara la situación de inseguridad jurídica del investigado.

Con el propósito de dar respuesta a esta problemática, la Ley 41/2015 ha establecido «plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales» que sustituyen el «exiguo e inoperante plazo de un mes» (apartado II EM), lo que ha significado la reforma integral del malogrado art. 324 LECrim. Sin embargo, una cosa es la voluntad del legislador y otra muy distinta es lo que acaba resultando de la nueva propuesta del art. 324 LECrim, que pasamos a examinar.

4.1. Ampliación del plazo para la instrucción

El cambio más llamativo es la ampliación del plazo máximo de la instrucción, tanto del juicio ordinario —sumario— como del proceso abreviado —diligencias previas— en aras a poder dar una respuesta adecuada a la realidad procesal actual.[11] Este plazo variará en función de si el asunto que deba investigarse recibe la consideración de sencillo o complejo. Así, para el primero de los casos se establece un plazo de 6 meses —a contar desde la incoación del sumario o de las diligencias previas— para realizar la instrucción, mientras que en el segundo caso, éste se extiende a 18 meses. Pero, ¿de qué ser hará depender dicha consideración? De entrada, de la interpretación conjunta de los apartados 1.1 y 2 del art. 324 LECrim resulta que todos los asuntos tendrán la consideración de simple, a excepción de los expresamente relacionadas en el punto 2.3 de la norma citada.[12] Sin embargo, ésta debe complementarse con el apartado 1.2 que permite al juez instructor declarar la instrucción compleja previa finalización del inicial plazo de 6 meses. Para ello será preciso el cumplimiento de dos requisitos previos: en primer lugar, que lo solicite el Ministerio Fiscal, por

11. En este sentido, vid. González-Montes Sánchez, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2015, pp. 43 y 44.

12. La investigación será compleja cuando «a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales, b) tenga por objeto numerosos hechos punibles, c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas, d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis, e) implique la realización de actuaciones en el extranjero, f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico privadas o públicas o, g) se trate de un delito de terrorismo».

la existencia circunstancias sobrevenidas a la investigación que impidan su finalización en el plazo establecido o bien por la concurrencia sobrevenida de alguna circunstancia de las expresamente previstas como de compleja investigación; y, en segundo lugar, que antes de transformar la conversión en compleja, el juez instructor haya dado audiencia de las partes. El riesgo que ello comporta es que la aparente delimitación temporal fijada en función de la complejidad del asunto puede verse conculcada cuando por cualquier motivo «inesperado» se augure la imposible finalización de la instrucción en plazo de la investigación sencilla.

Todavía, en este punto, se nos plantea un nuevo interrogante: ¿por qué estos y no otros plazos procesales? La respuesta nos la da la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2015 que justifica haber tomado «como referencia los plazos medios de duración de la instrucción, tal y como se reflejan en los estudios estadísticos judiciales y fiscales» por la fiabilidad que de los mismos se deriva.

Por último, el nuevo contenido del art. 324 LECrim ha querido aclarar, en su apartado 7, la validez de las diligencias de investigación, incluso cuando su recepción fuese posterior a la expiración de los plazos ordinarios previstos para su realización.

4.2. Prórroga de los plazos ordinarios

Tal y como sucedía en la anterior regulación, se prevé la posibilidad de prorrogar el tiempo de la instrucción —si bien ahora de forma expresa— sólo cuando la investigación sea declarada compleja. En consecuencia, únicamente podrá prorrogarse el plazo ordinario de 18 meses, siendo infranqueable el límite de 6 meses para la instrucción de los asuntos sencillos.

En particular, la redacción del punto 2 del art. 324 LECrim contempla tan sólo una posible prórroga, que será, como máximo, por otros 18 meses.[13] Por lo tanto, la investigación de un asunto complejo no podrá extenderse más allá de los 36 meses desde el auto de incoación. Además, la nueva propuesta normativa limita la legitimación para su solicitud al Ministerio Fiscal, quien deberá instarla por escrito al juez instructor, «al menos tres días antes de la expiración del plazo máximo» para que resuelva, previa audiencia de las partes, por medio de auto, que será irrecurrible en caso de desestimar la solicitud.

---

13. De esta misma opinión González-Montes Sánchez J.L., ob. cit., p. 44, que añade que será el juez de instrucción quien, en último término, deberá decidir sobre la concesión de dicha prórroga.

4.3. Aspectos conflictivos del renovado art. 324 LECrim

Aunque es indudable que la nueva versión del art. 324 LECrim mejora la regulación del plazo para la instrucción, lo cierto es que todavía encontramos algún resquicio que pone en tela de juicio su real duración y, en definitiva, la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas. En concreto, nos estamos refiriendo a la interrupción del plazo de la investigación, al supuesto excepcional que permite alargar el límite temporal del plazo prorrogado y a la conclusión de la instrucción.

4.3.1. La interrupción del plazo de investigación

El apartado tercero de la norma objeto de comentario establece la interrupción de los plazos ordinarios para practicar la investigación en los siguientes dos supuestos: cuando se acuerde el secreto de las actuaciones o bien el sobreseimiento provisional de la causa. Asimismo, prevé este precepto la continuación de la investigación por el tiempo restante tan pronto se alce el secreto o se proceda a la reapertura de las diligencias. Sin embargo, el problema, de difícil solución, es precisamente concretar hasta cuándo puede extenderse dicha suspensión,[14] lo que inevitablemente acaba revirtiendo en la indeterminación del plazo de la instrucción.

4.3.2. La prórroga excepcional de la instrucción

Más conflictiva aún se presenta la particularidad del apartado 4 del art. 324 LECrim. Como hemos indicado, la norma procesal tan solo contempla la posibilidad de prorrogar el plazo complejo de 18 meses, como máximo, por otros 18 meses más, trascurridos los cuales deberá ponerse fin a la instrucción. A pesar de ello, el referido apartado 4 abre la posibilidad de prórroga tanto de cualquiera de los dos plazos ordinarios (esto es, el previsto para los asuntos sencillos, para el que inicialmente no se prevé prórroga, como el que se establece para los asuntos complejos) como del plazo de 18 meses ya prorrogado, cuando concurran las siguientes circunstancias: que lo solicite el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas[15] —que de no hacer uso de esta facul-

---

14. En el caso del secreto de las actuaciones, lo único que nos dice el art. 302 LECrim es que éste «deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario».

15. González-Sánchez Montes, J.L., ob. cit., p. 46 critica que la legitimación para solicitar la prórroga de la instrucción, en el proyecto de ley, corresponda de modo exclusivo al Ministerio Fiscal y no se haya extendido también a las partes, pudiendo ello vulnerar «los principios de audiencia e igualdad de armas procesales». El acierto de esta crítica se ve reflejada en el texto definitivo de la Ley 41/2015, que añade también la legitimación de las partes personadas para su solicitud.

tad, perderán toda posibilidad de «interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley» (apartado 5)—, y concurran razones que lo justifiquen. En tal caso, el juez instructor, tras haber escuchado el resto de partes, tendrá la potestad de fijar «un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción».

Sin embargo, esta disposición legal se olvida de concretar dos cuestiones imprescindibles que pueden poner en riesgo su originaria voluntad de excepcionalidad. Por un lado, no especifica cuáles son las razones que pueden justificar este nuevo plazo extraordinario de la instrucción; y, por otro lado, descuida fijar hasta cuándo puede extenderse esta prórroga excepcional, dejándolo al arbitrio del juez de instrucción.[16]

4.3.3. La conclusión de la instrucción

Según de desprende del apartado 6 del art. 324 LECrim, el juez podrá concluir la instrucción cuando considere que ha alcanzado su finalidad, no siendo, en consecuencia, necesario que previamente se hayan agotado los plazos legales establecidos. A pesar de ello, puede suceder que una vez alcanzado el plazo máximo para la instrucción o sus prórrogas, el juez instructor no dicte la resolución que corresponda para su finalización, en cuyo caso el referido apartado prevé que el Ministerio Fiscal le inste a acordar la decisión que corresponda para que la adopte en el plazo de 15 días. Pero nada más. Nada prevé la norma en caso de incumplimiento judicial ante la solicitud del Ministerio Fiscal, lo que, en última instancia, da carta de naturaleza al juez para finalizar la instrucción cuando lo tenga a bien, dentro o fuera del plazo legal establecido.

A mayor abundamiento, corrobora la anterior afirmación el punto 8 del art. 324 LECrim, que expresamente reconoce que «en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones», a no ser que concurran las circunstancias del sobreseimiento libre o provisional. Con ello se confirma que el legislador no ha sido capaz de limitar la duración real de la instrucción, lo que mantiene vivo el problema de la posible existencia de dilaciones indebidas en la fase de instrucción.

---

16. Ante esta realidad, González-Sánchez Montes, J.L., ob. cit., p. 45, ha puesto de manifiesto el riesgo de que la instrucción acabe sin tener un plazo concreto de finalización.

5. Conclusiones

Primera: El esfuerzo realizado por nuestra doctrina constitucional para determinar cuándo se producen dilaciones indebidas en la actividad llevada a cabo en el proceso penal no ha sido suficiente para evitar la inseguridad jurídica que padece el investigado en el desarrollo de la instrucción, por la falta de concreción de un plazo máximo que indique hasta cuándo puede extenderse en el tiempo.

Segunda: El legislador ha tratado de poner solución a esta problemática realidad a través de la reformulación del art. 324 LECrim, cuya actualizada redacción mejora el régimen jurídico de la duración de la instrucción, pasando a contemplar, a diferencia de lo que sucedía en el texto anterior, plazos máximos, que variarán en función de la complejidad del asunto en cuestión.

Tercera: A pesar de ello, el análisis pormenorizado de la norma nos permite llegar a la conclusión de que el legislador no ha logrado su propósito con la reforma del art. 324 LECrim al dejar por resolver muchos interrogantes que acaban confirmando la imposibilidad de establecer una concreción real de la duración de la investigación.

6. Bibliografía

Castillejo Manzanares, R., «Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios», La Ley, Madrid, 2010.

Cordón Moreno, F., «Las garantías constitucionales del proceso penal», 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

González-Montes Sánchez, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2015, pp. 41 a 73.

Jaén Vallejo, M., «Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal», Dykinson, Madrid, 2002.

Picó i Junoy, J., «Las garantías constitucionales del proceso», 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2012.

Ramos Méndez, F., «Enjuiciamiento Criminal», 11ª ed., Atelier, Barcelona, 2014.

Richard González, M., «Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal», Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

Vázquez Iruzubieta, C., «Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De la formación del Sumario», en *V-lex*, Barcelona, 2013, pp. 274 a 284.

Algunas cuestiones de léxico y garantías en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (de la estigmatización por el *nomen iuris* a la trivialización del *titulus attributionis*)

Manuel Lozano-Higuero Pinto
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. Preliminar: oportunidad de las cuestiones léxicas en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. 2. El supuesto asesoramiento o consejo técnico-lingüistico al efecto. Dudas sobre el particular. 3. Triple perspectiva en la consideración del Derecho (como arte, como técnica, como ciencia). 4. Digresión sobre los requisitos o exigencias mínimas del lenguaje jurídico. Algunas posiciones doctrinales. 5. Funciones de la terminología: diferenciadora, identificadora, definidora. 6. Ejemplos legislativos de la incapacidad de nuestra época para la corrección y ortodoxia jurídico-gramatical. 7. Reforma innecesaria desde las perspectivas dogmática, institucional y semántica. Conveniencia de ampliar el ámbito tutelar del art. 118 LECrim —otra oportunidad perdida. La dialéctica investigado/encausado: de lo insuficiente en uno a lo excesivo en otro. Una fallida solución léxica, jurídica y conceptual. Impropiedad, deficiencia expresiva e instrumentalidad del tecnicismos «investigado». El vacío léxico, jurídico y garantista del acto de atribución de la condición de investigado: ni investigación ni acto de investigación. 8. ¿Una reforma aciaga para la Justicia? Soluciones de Derecho comparado. Dispersión, desaliño, defectuosa y contradictoria configuración de la institución del sujeto pasivo penal en la Novela de 2015. Pervivencia de los términos imputado/imputación en el texto legal de la LECrim. La presunción de inocencia y el estatus del sujeto pasivo en la Novela de 2015. Teoría general de la presunción de inocencia. Sobre la conciliación sistemática e institucional entre el principio de inocencia propio del Civil Law y la figura del Common Law condensada en la regla BARD (beyond all/any reasonable doubt). Dimensiones de la presunción de inocencia, en particular el enfoque

liberal y neogarantista: potenciación del aspecto dinámico de la carga de la prueba. Distinción de los hechos a efectos de la carga de la prueba. Un esbozo sobre la necesaria pervivencia de la figura de la acción popular penal, manifestación del máximo nivel de participación y dignidad ciudadana, hito de nuestro proceso penal. Conveniencia y posible contenido de un estatuto normativo del imputado. 9. Conclusiones.

1. Preliminar: oportunidad de las cuestiones léxicas en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015

El verbo se hace norma y, a veces, cohabita, afanosa y desacompasadamente, con las que deben ser mínimas exigencias de un buen quehacer normativo. Ejemplo nada desdeñable es la pulsión legislativa desbocada de los últimos meses del Gobierno del Partido Popular.

Así, objeto proclamado de la reforma por la Novela de 5 (LO 13/2015) de octubre de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Preámbulo, V), es la sedicente adaptación del lenguaje de nuestro venerable Código procesal penal a los tiempos actuales. En efecto, el apartado V de los Motivos, textualmente dice:

> *«La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos «acusado» o «procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de «encausado» en las fases oportunas»*

2. El supuesto asesoramiento o consejo técnico-lingüistico al efecto. Dudas sobre el particular

Para el menester transcrito, del que dice requiere un ajuste conceptual y terminológico, expresa apoyarse en una Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones manifiesta haber seguido. Pues bien, en este particular, o las recomendaciones son un absoluto oxímoron, o el texto perpetrado se les ha ido de las manos. Vistos los supuestos integrantes de la Comisión, y los resultados producidos al efecto, se observan, en su labor, incorrecciones de léxico —«políticas», anglicismo—; o de alcance institucional: Real Academia *de la Lengua* (*sic*) para referirse a la Real Academia Española, que hace suponer que o los supuestos integrantes de dicha Comisión pertenecientes a la RAE no han intervenido y figuran en «barbecho», o si lo han sido, no se explica que hacen en la RAE algunos que, hasta ahora, eran reputados lingüistas.

¿Qué supone un mero cambio del *nomen iuris* respecto al robustecimiento y potenciación de las garantías y en cuanto a la efectividad de la regulación y aplicación —virtualidad práctica— de la normativa procesal penal, en suma, en hacer la ciencia —la teoría— y la legislación jurídicas garantistas, efectivas, útiles, eficaces, y eficientes[1]? ¿Qué tiene ello que ver, además, con la calidad de la terminología jurídica, empleada por la norma, en sus vertientes técnica y gramatical? ¿El tecnicismo, en su *nomen iuris*, elegido introducido o innovado, es adecuado para responder a los criterios técnico-jurídicos demandables según el estado de la ciencia jurídica? ¿Se adecuan, además, y sobre todo, a las exigencias axiológicas de un neogarantismo razonable? En fin, y muy relevantemente ¿se han procurado armonizar las pautas técnico-jurídicas, con las de la ortodoxia léxico gramatical y todo ello con el plus axiológico garantizador que la estimativa procesal penal y constitucional, a estas alturas del siglo XXI, impone?

A nuestro juicio todo ello tiene relevancia en el sentido de que expresa una vocación e intención del legislador y que las herramientas técnicas —jurídicas y léxicas— utilizadas se eligen tendentes a cumplir valores y requisitos que

---

1. «Fare della teoria utile» (hacer ciencia útil), Scialoja, V., *Derecho Práctico y Derecho Teórico,* Trad. Sentís, *Rev. Der. Proc. Argentina,* 1955, 1ª parte, pág. 153 y ss (originariamente en italiano, en *Riv. del Diritto Comerciale e del diritto generale delle obligacioni,* 1911, 1ª parte, pág. 941 y ss. La frase ha hecho fortuna y, de una u otra forma, ha sido seguida por Calamandrei: «La jurisprudencia, si bien es una ciencia, debe ser una ciencia útil, esto es, preordenada a los fines prácticos de la justicia», en «También los jueces son hombres», *Estudios sobre el proceso civil,* Trad. Sentís, Buenos Aires, 1962, pág. 252. Ciencia aplicada, integrada por una suma de conocimientos científicos y técnicos adaptados a un objeto útil, cfr. Couture, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, 1958, pág. 485. Bunge, M., *La ciencia, su método y su filosofía,* Buenos Aires, 1985, pág. 34, predica el adjetivo útil de toda ciencia: «La ciencia es útil porque busca la verdad, la ciencia es eficaz en la provisión de herramientas para el bien y para el mal». más ampliamente Ídem, Las pseudociencias, Pamplona, 2014, págs. 18, 53, 75, etc.

procuran o aseguran objetivos y fines a los que el sistema jurídico de un Estado social y democrático de Derecho debe proveer, en particular la tutela judicial efectiva (seguridad, justicia, tutela judicial eficaz, etc.).

La importancia del lenguaje en el Derecho ha sido recalcada por la doctrina desde perspectivas y contenidos diversos. GIERKE afirmaba que la palabra era carne y sangre en el Derecho. Von KIRCHMANN recordaba que tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convertían en maculatura.[2] KANTOROWICZ señalaba que la ciencia del Derecho es una ciencia de palabras (*Rechtwissenschaft ist Wortenwissenschaft*). Precisión técnica, galanura y ortodoxia literarias se buscaban por los legisladores en la senda tortuosa de la codificación,[3] donde contamos con el ejemplo, en español, de Andrés Bello y el Código Civil de Chile.[4] El legislador lo enlazaba, así, al valor seguridad, tan caro al pensamiento conservador y, en particular, al rigor del lenguaje, aunque alguno entienda que «la precisión expresiva es un *desideratum* permanente en la ciencia jurídica, el lenguaje, para el Derecho, es algo más que un modo de exteriorizarse, es un modo de ser. La norma, destinada a regir la conducta de los hombres está encarnada en la palabra. La precisión y la claridad no actúan aquí como simples valores estéticos, sino como verdaderos valores morales. La justeza en la expresión no es extraña a la justicia del resultado».[5] Pero no estamos plenamente de acuerdo con el pensamiento, aquí acotado, del ilustre civilista extremeño, pues, si la precisión expresiva ciertamente es inseparable de la ciencia jurídica, no se puede mantener el concepto de ciencia apartado de la tríada: rigor, precisión, exactitud, al menos en las ciencias naturales, y como *desideratum* latente a la visión cientificista que se abre con el iusracionalismo y el pandectismo, pues obvia la idea de seguridad, a la que se conectan los contenidos de esa triada, que es la que demanda, como ínsita a la concepción burgueso-conservadora de fines del XVIII y hasta mediados del XX, esos valores como indisolublemente unidos al lenguaje jurídico.

---

2. Cfr. Von KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia,* Trad. TRUYOL y SERRA, Madrid, 1949, traduce, impropiamente *makulatur* por basura. W. GOLDSCHMIDT en su edición de la obra de KIRCHMANN que traduce como *El carácter acientífico de la llamada ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1948, págs. 268 y ss. lo traduce como *papeles inútiles.* Vid. también las notas 17 y 18.

3. Ej. ALONSO MARTÍNEZ y sus Exposiciones de Motivos y redacción de textos legales; ¿L.E.Criminal?, Código Civil.

4. Andrés BELLO, autor del Cód. Civil de Chile, vid. *Código Civil de la República de Chile,* 1856. *Los 50 artículos del Código Civil explicados por su autor,* Valparaíso, 1878. *Gramática de la lengua castellana destinada al uso de los iberoamericanos,* Santiago de Chile, 1847

5. Vid. HERNANDEZ GIL, A. *Prólogo a la traducción del B.G.B.,* por Carlos Melón Infante, Barcelona, 1955, pág. VII.

3. Triple perspectiva en la consideración del Derecho (como arte, como técnica, como ciencia)

El Derecho puede considerarse desde una triple perspectiva, que, según la época en cuestión, ha recalcado una, otra o varias (como arte, como técnica, como ciencia), y cada una de ellas ha tenido, obviamente, su repercusión en el lenguaje. Como arte (*ars boni et aequi*), se ha buscado la plasticidad, belleza, galanura, elegancia en la expresión literaria de las normas. Como técnica (desde los glosadores), la precisión, rigor, coherencia. Como ciencia (desde el pandectismo y el positivismo) la exactitud. Pero siempre con el objetivo, expreso o implícito, de contribuir a la seguridad jurídica y facilitar la aplicación e interpretación de la ley.

Con la codificación decimonónica estas perspectivas se amalgaman, pero siempre aparece el vector seguridad y la racionalidad como asociada a aquel. Se buscan, desde luego, esos valores pero la envoltura formal, por la propia influencia de la literatura de la época, no se abandona. Nuestros códigos decimonónicos se ponen, frecuentemente, en contraposición a la época contemporánea, como ejemplo de buenos textos literarios: Códigos Civil y Mercantil, Leyes de Enjuiciamiento. Se ensalzan figuras como la de Alonso Martínez. Ciertamente se llega al curioso caso de un reparto de papeles que, a veces, se traduce en una cierta esquizofrenia normativa y tenemos un claro ejemplo en la LECrim, con las contradicciones entre párrafos de su, tantas veces y con razón, justamente loada Exposición de Motivos, sobre todo en lo que se refiere a la función del sumario y su importancia en el juicio penal (pues si en el párrafo octavo lo debela: «… dar escasa importancia a las pruebas del plenario…», en el decimoséptimo lo ensalza: «llevando el sistema "acusatorio" al sumario mismo, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia»[6]), esquizofrenia que se explica por las diversas manos o «plumas» que intervinieron en su redacción, frecuentemente atribuida en cuanto al Preámbulo a Alonso Martínez, pero quizá debida a José Moreno Nieto,[7] lo que se colige si se profundiza en su lectura y se observa el tono declamatorio de la misma, como pieza literaria del XIX, en que se daban, por razón de la materia y de su transcendencia política, o el lugar de su defensa (parlamentaria), diversas variedades de escritura jurídica, pero todas de induda-

6. Cfr. Prieto-Castro critica a la Ex. Motivos de la LECrim*, Derecho Procesal Penal*, 1978, pág. 101.

7. Autoría de la Ex. Mot. LECrim por Moreno Nieto, vid. Covian, V., *El procedimiento penal teórico práctico para la jurisdicción ordinaria*, Madrid, 1886 pág. 18; Jiménez Asenjo, *Actas del 1º Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Madrid, 1950, págs. 195-6; Alcalá-Zamora, en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México, 1974, II, pág. 261, nota 60; Lozano-Higuero Pinto, «La lectura de los folios sumariales en el juicio oral», *en Escritos Jurídicos en Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Santander, 2002, págs. 260 y ss. Implícitamente Gómez Orbaneja, en el «Prólogo» de Cortés Domínguez, *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, pág. III: «la equiparación le hizo equivocarse mucho al señor Alonso Martínez, o a la pluma que firmó con ese nombre».

ble calidad técnico-literaria: piezas oratorias que agotaban su finalidad discursiva en la declamación y defensa parlamentaria, y composiciones de la misma índole que trascendían a su exposición oral y hallaban su prístina delectación en la ulterior lectura. En cualquier caso, la superioridad de este género, y la época en que nace y halla su apogeo, el XIX, sobre la literatura jurídico-normativa desde, particularmente, la segunda mitad del XX y hasta el presente, es evidente.

Nos hemos referido a la perspectiva cientificista del Derecho, nacida en el hontanar del positivismo y el racionalismo, pero tampoco hemos de olvidar que, junto a ellas, hierve una corriente histórico-romántica en la que se desenvuelve, antes que la lucha por el Derecho, el combate por la seguridad, plasmado en el ansia codificadora. Se protesta la incapacidad de la época para la legislación y la ciencia del derecho.[8] Si esa dialéctica, en ese momento, y *pro futuro*, se decantó a favor de la tesis más segura (conservadora) y quizá menos sistemática (la postulación de THIBAUT), ahora podríamos decir, *mutatis mutandis*, de a incapacidad de la época actual, y trayendo causa desde la mitad del siglo pasado, para el rigor, al menos, y la elegancia, quizá, desde luego en la ortodoxia léxica, en la terminología jurídico-gramatical, como se refleja en leyes de reciente factura. Pero antes conviene hacer un breve exordio sobre dos aspectos que han afectado al lenguaje jurídico, como consecuencia de la visión cientificista: el trasvase —o creación para el uso, más allá del propiamente forense lato sensu— de términos técnico-jurídicos al lenguaje —problema del que se han ocupado los juristas en las diversas disciplinas, a.e. GUASP,[9] y la cuestión del vertido ideológico o literal de las traducciones jurídico-científicas.

Respecto al primer problema, la solución de GUASP, en polémica con UN TOGADO,[10] pasa por abrir la puerta a los términos científicos nuevos, siempre que colmen un vacío terminológico, respondan a una necesidad científica y respeten, en su construcción sintáctico-gramatical, las reglas y raíces de la lengua española.

En cuanto al ámbito de la traducción este ha sido magro, y no se ha resuelto generalmente con acierto. Muchas veces el empleo de un término no ha sido todo lo ajustado que se requería, y no ya por la polisemia o anfibología del mismo, sino por la propia indeterminación del vocablo. Hay varios ejemplos, el término «Verhandlungsmaxime», acuñado definitivamente por N.T. VON GÖNNER hacia 1804

---

8. Polémica Thibaut-Savigny, vid. SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, Trad. Posada, Buenos Aires, 1977.

9. Vid. GUASP, «Vieja y nueva terminología en el Derecho Procesal Civil», *Rev. Der. Proc*., 1946, págs. 81-93; IHERING y su lenguaje natural cientificista: fisiología jurídica, anatomía jurídica, etc.

10. UN TOGADO-GUASP, anónimo que, bajo esa veste Un Togado, reprocha la introducción de términos que, con ropaje técnico-cientificista, no están recogidos en el DRAE.

que, ideológicamente, significa principio o máxima de controversia o debate y cuya correcta traducción tanto ha ocupado, preocupado y equivocado a muchos autores, que lo han designado impropia y limitada o reduccionistamente como: principio de tramitación, sustanciación, *trattazione* (en la doctrina italiana), principio de negociación (sorprendente y equivocadamente por el gran Gómez Orbaneja[11]), principio de aportación de parte o presentación por las partes,[12] pero que constriñen el fenómeno o lo amplían impropia y desviadamente: principio dispositivo[13] cuando con él se quiere hacer referencia, y era esa la intención primigenia de Gönner,[14] a que el origen, el avance, la paralización y extinción del proceso, de la relación jurídico material (si se quiere de la relación jurídico procesal, aunque esta es una concepción 60 años posterior, pero la idea que subyace es recogida o cubierta por la fórmula), del procedimiento como cauce, de las aportaciones instructorias y decisorias, nacen y se proyectan, en virtud de un constante debate o controversia de las partes (no de las facultades del juez, ni de la unilateralidad de cada posición de parte). Esta integridad del fenómeno, y profundidad, y lo que subyace a la terminología germánica inicial, sigue siendo aún minusvalorada, cuando no preterida, incluso en una obra tan valiosa como la dedicada al Juez y la Prueba, por un autor tan esmerado y estudioso como Picó.[15]

El problema de la terminología es también de la dificultad y rigor en la traslación-traducción. A ello se refiere Prieto-Castro cuando presenta la traducción, al menos firmada, por De La Oliva Santos de la obra de Stein sobre «El conocimiento privado del juez».[16]

---

11. Cfr. Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, pág. 213

12. Vid. Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Trad. Grosmann, Buenos Aires, 1945, pág. 62, reconociendo que la denominación es poco afortunada, pero es la normalmente acogida.

13. Sobre la cuestión, Carnacini, «Tutela jurisdiccional y Técnica del Proceso», Trad. Romo, *Rev. Fac. Dcho, México*, 1953, núm. 12, pág. 121 y ss. Acerca del principio dispositivo, como equivalente a la *Verhandlungsmaxime* de Gönner, hay una catarata de equívocos, desde decir que el art. 148.1 CE regula un denominado principio dispositivo (en los ámbitos constitucionalistas y administrativistas) hasta otras menores. Sobre ello vid. Lozano-Higuero, «Principios dispositivo, de controversia y acusatorio: origen histórico, deferencias y significado actual», en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo, 1999, pág. 273 y ss

14. Cfr. Gönner, N. T.*, Erörterungen über den gemeinen Prozeß. Ein Zusatz zu den Grundsätzen des Herren Prof. Danz*, Bamberg, 1799, págs. 48 y ss; anticipación de lo que sería luego desarrollado en su manual id., *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, vol. I., Erlangen, 1804, pág. 180, para la máxima *wo kein Kläger, da kein Richter*. Sin embargo, la más feraz de las *maximen,* el *dispositionsprinzip*, se crea, con esta veste por Ortloff. Cfr. Ortloff, H., *Der Strafverfahren in seinen leitenden. Grundsatzen und Hauptformen*, Jena, 1858, págs. 61 y ss. Esto es, por un penalista, bien es cierto que Mittermaier ya había, traslaticiamente, operado con el *Maximenmethode*, pero es Ortloff quien genere, posteriormente a la *Verhandlungsmaxime*, la *Dispositionmaxime*, que termina superponiéndose a aquella englobándola y confundiendo a la mayoría de la doctrina procesal (y al administrativa y constitucional, también nos referimos al mal llamado principio dispositivo, en sentido constitucional y competencial, del art. 148.1 CE).

15. Vid. Picó, J., *El Juez y la Prueba*, Barcelona, 2007, págs. 36 y ss. sobre la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, donde estudia la *Verhandlungsmaxime*, pero orilla los problemas semánticos del término, y las dificultades e inexactitudes, en su transposición, y vertido conceptual a las obras científicas en otros idiomas diversos del alemán (ibidem, pág. 43 y ss.).

16. Cfr. Stein, «Das privaten wissen des richter», *El conocimiento privado del Juez*, Trad. De la Oliva Santos, Pamplona, 1973

¿Vale el traduttore-traditore? Volvamos sobre ello, repitiendo lo dicho en otro lugar sobre la ingente e impagable labor editorial y de traducción de SENTÍS MELENDO (alma y vida de tanta traslación y creación jurídica), recordando de nuevo una anécdota personal vivida con el maestro PRIETO-CASTRO —permítasenos el inciso de reiterar que, a nuestro juicio, Leonardo PRIETO-CASTRO ha sido el mejor traductor, en el sentido técnico-literario e ideológico, de lo jurídico, del alemán e italiano al español, que hemos tenido la oportunidad de leer y conocer, *a. e.* las obras de KISCH, JÖRS-KUNKEL, GOLDSCHMIDT, FLORIAN, BELING —Die Lehre von Tatbestand—, etc. Y son famosas sus anécdotas, en tal terreno, «enmendando la plana» a otros juristas; así cuando Antonio Hernández-Gil y Álvarez-Cienfuegos, Catedrático de Derecho Civil de la U.N.E.D. y, en su momento, Decano del Colegio de Abogados de Madrid, se examinó del Premio Extraordinario de Licenciatura en Derecho y citó la frase clásica, antedicha, de von KIRCHMANN «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura». PIETRO-CASTRO le reconvino advirtiéndole de que la traducción era incorrecta y, que, posiblemente, el examinando la había tomado de la «imperfecta» (sic) traducción del Prof. TRUYOL SERRA. El Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, que formaba parte, también, del Tribunal examinador, afirmó que la traducción era correcta. PRIETO-CASTRO le hizo ver que se había traducido, erróneamente, el término «makulatur» del original por basura, cuando el apropiado era el de «maculatura», de uso corriente en las imprentas «pliego mal impreso que se desecha por manchado».[17]

Abundando en ello, podríamos traer a colación la traducción, que efectúa el mismísimo CHIOVENDA, del título de la obra de DEGENKOLB *Einlassungszwang und urteilsnorm* (Leipzig, 1877) como *Coazione al contradittorio e natura della norma contenuta nella sentenza*.[18] Por su parte, PRIETO-CASTRO[19] la traduce como *El deber de personación en la causa y carácter del fallo*; en otro lugar[20] traduce *Einlassungszwang* por «deber de comparecencia». La traducción del término compuesto: Litigio y fuerza o compulsión,[21] ideológicamente es muy

17. Vid. LOZANO-HIGUERO, M. «La obra procesal de Santiago Sentís Melendo y su poliedro vital (1900-1979)», en Homenaje al Profesor Sentís Melendo, (Tributado en Barcelona, el 1-7-2005, en la celebración de las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), La Plata, 2007, pág. 89. Real Academia Española, D.R.A.E., 22ª ed. Madrid, 2001, pág. 1412.

18. Vid. CHIOVENDA, *Principii di Diritto Procesuale Civile*, 1ª ed., 1906, ristampa inalterata de la 4ª ed, 1923, Napoli, 1980, pág. 56.

19. Cfr. PRIETO CASTRO, *La acción en el Derecho español*, Granada, 1931, pág. 18

20. Recogido en PRIETO CASTRO, *La acción declarativa (un estudio de historia, doctrina y legislación procesales)*, Madrid, 1935, pág. 45.

21. La idea es común a las diferentes versiones: compulsión o vinculación al litigio; la traducción de PRIETO-CASTRO delimita técnico-jurídicamente el concepto al traducir las explicaciones de DEGENKOLB: necesidad de tomar parte en el proceso, de personarse en la causa, en PRIETO-CASTRO, *La acción…*, ob. cit., en nota 20, pág. 18. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980, pág. 8: el término *Einlassungszwang* es de casi imposible traducción directa, vid. DEGENKOLB, op.cit., pág. 16. CHIOVENDA, *L´azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, nº 5, y notas 35, 36 y 68-V párrafo 2º; COMOGLIO, L.P., *La garanzia costituzionale del diritto d´azione*, Padova, 1970, pág. 46.

superior, desde el punto de vista conceptual y técnico-jurídico, aunque no fuese literal. Prieto-Castro, en esa ocasión, fue muy severo, p.ej. respecto a la versión española de los *Principios* de Chiovenda, firmada por Casais Santaló, a quien, a mi pregunta al respecto, dijo desconocer. Me contestó que no sabía quién era y que la traducción era muy imperfecta. Le hice ver que Sentís, era, no obstante, contemporizador respecto a Casais.[22] Don Leonardo, como siempre picajoso, me replicó: «querido no me cite, como fuente de autoridad —refiriéndose a Sentís— a quien traduce "Camara di Consiglio" por deliberación en Cámara de Consejo», en vez de, la más correcta, ideológicamente, deliberación a puerta cerrada. En efecto, el propio Chiovenda dijo:[23] «una recente traduzione spagnola dei Principii (Madrid, Hijos de Reus, 1ª vol, 1922) ha dato ocasione al Dr. F. Beceña di rivolgere al traduttore (Revista de Derecho Privado, 1922, págs. 379-384) critiche casi acute, minute e precise da dimostrare una conoscenza absoluta del testo originale e delle finezza della nostra lengua e de provere l´inutilitá della traduzione nell´ambiente dei iuristi spagnoli». Esta opinión fue también sostenida por Alcalá-Zamora y Castillo quien la motejaba como «defectuosísima traducción».[24]

4. Digresión sobre los requisitos o exigencias mínimas del lenguaje jurídico. Algunas posiciones doctrinales

Precisamente, estos dos autores últimamente citados (Sentís y Alcalá-Zamora) se han preocupado, detenida y monográficamente, del lenguaje jurídico y sus requisitos, casi coetáneamente, en 1972. Ya dijimos de Guasp y su polémica con Un Togado, donde establecía las pautas para que se pudieran incluir, con validez y propiedad terminológica, tecnicismos en el léxico jurídico (principalmente, preclusión). Guasp estimaba, recordamos, que para la validez de la traslación eran exigibles dos condiciones: 1ª) que se diese un vacío léxico, esto es que no existiese, para designar la idea o concepto subyacente, término equivalente en español; 2ª) que en la construcción gramatical del término se respetasen las reglas del idioma.[25] En una época, tan influida por el *common law* que, al calor del poderío del imperio USA, exporta también sus instituciones jurídi-

---

22. Muchos aspectos de la personalidad y trayectoria de Casais han sido desvelados, con sus acostumbrados rigor y solvencia, por Cachón Cadenas, M., en «Desventuras de José Casais Santaló, primer traductor español de Chiovenda», *Justicia*, 2010, págs. 13 a 96.

23. Véase Chiovenda, *Principii…*, ob.cit., pág. XIII, nota 7.

24. Cfr. Alcalá-Zamora Y Castillo, N., *Ensayos de Derecho Procesal, Civil, Penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pág. 54. La posición templada de Sentís en *La prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, 1979, págs. 186-187, nota 21

25. Guasp, *Vieja y nueva terminología…*, ob. cit., justificando, además, el empleo de: medida instructoria, proceso (mejor que pleito), juicio de cognición, procedimiento monitorio, etc.

cas y los *legal trasplants* están, con mejor voluntad que acierto, a la orden del día, no son malos criterios.

Pero vayamos a SENTÍS quien, bajo el título *El lenguaje jurídico, claridad idiomática y exactitud conceptual*,[26] establece las siguientes exigencias: a) claridad (como expresión de perfección idiomática); b) exactitud y precisión, emplear la palabra cuyo significado sea, exactamente, el que responde a la idea que queremos expresar y respecto del cual exista un consenso y que tengan un verdadero contenido con auténtica sustancia conceptual, sin contentarnos con meras formas, pues el significado de una palabra o expresión lingüística depende de una convención. No hay, por tanto, significados «intrínsecos», «verdaderos» o «reales».[27] Se decanta, pues, así, por la teoría hermogenesiana (de Hermógenes / Demócrito), formalista o convencionalista frente a la sustancialista (de Cratilo / Heráclito), el nombre responde la esencia de lo nombrado,[28] que tan bellamente acotara BORGES:[29]

> *Si (como el griego afirmara en el Cratilo)*
> *El nombre es arquetipo de la cosa,*
> *En las letras de «rosa» está la rosa*
> *Y todo el Nilo en la palabra «Nilo».*

Es cierto que todos los términos de las jergas, son, en su mayoría, convencionales, pero ello, por esa misma razón, no impone la exactitud, sino la precisión y la coherencia. En la dialéctica entre la teoría sustancialista y la convencionalista, en los argots se debe predicar la segunda. La proyección o perspectiva artística acarrea como requisito, la elegancia y la galanura, la técnica, coherencia, pero no exactitud.[30] A nuestro ver la polisemia es mal menor, subsanado o mitigado por la unidad de corpus normativo.

---

26. En *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1972, 4, aquí lo citamos por la ed. contenida en el vol. *La prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, 1979, págs. 355-390. Obra, como suya, documentada, con diversas influencias, entre ellas destacamos la de SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción*, Barcelona, 1963, quien se preocupa sobre todo de deslindar los conceptos jurídicos de los vulgares, y RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *El lenguaje jurídico*, Barcelona, 1969, pág. 17: el derecho ha de ser siempre (a veces lo es) un idioma bien hecho. El arte del jurista es decir claramente el Derecho

27. SENTÍS, *El lenguaje…*, ob. cit., pág. 358 y nota 10.

28. Vid. CELA TRULOCK, C. J., *Diccionario Secreto*, Madrid, 1969, I, págs. 1-10

29. J.L. BORGES, El Golem, escrito en 1958, en *El Otro, El Mismo*, 1964, en *Obras Completas*, II, Barcelona, 1989, pág. 263.

30. La aspiración por la exactitud es, a nuestro juicio, una consecuencia de la visión cientificista y positivista del Derecho, con posiciones maximalistas como la de GUASP, «Exactitud y Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1957, págs. 109-150; que se puede considerar superada, tanto desde dentro de la propia ciencia jurídica, como desde fuera. POPPER ha pretendido destruir con su teoría de la falsabilidad o falsación, el mito de la exactitud criticando el objetivo cientificista de algunos investigadores sociales (vid. BOLADERAS CUCARELLA, en *Popper*, Madrid, 1997, págs. 42-43. También, BUNGE, M. *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, 1985, pág. 9, y su distinción entre ciencias formales y ciencias fácticas, y su crítica a la pretendida exactitud de pseudociencias). Para una crítica, a nuestro ver acertada a POPPER y su doctrina de la refutabilidad o falsabilidad, vid. BUNGE, M., *Las pseudociencias*, Pamplona, 2014, págs. 52, 66, 67, 109 y 188. Una visión profundamente errónea, por desconocedora de la metodología y epistemología jurídicas, en WAGENSBERG, Jorge, «Jueces científicos tras la misma verdad», *El Pais*, 8-12-2007, pág. 29, donde pretende equiparar la verdad científica y la verdad

La tercera exigencia, que plantea SENTÍS, es la de sencillez que posibilita la aplicación y virtualidad práctica de la norma.

La cuarta, expresión de un desideratum, que sea vehículo para la exacta formulación de conceptos, y de esta última valgan nuestras acotaciones relativas a la pretensión de exactitud, esto es, sustitúyase, a nuestro ver, por la precisión, el rigor y la coherencia.

Por último, SENTÍS, señala los siguientes campos científicos en los que el lenguaje jurídico se proyecta: lingüística, semántica, etimología, gramática.

Por su parte, ALCALÁ-ZAMORA,[31] plantea como exigencias mínimas del lenguaje jurídico las siguientes:

a) expresividad (correspondencia entre denominador y denominado) —adscribiéndose, así, implícitamente, a la teoría sustancialista, antes glosada—
b) accesibilidad (diafanidad)
c) univocidad (esto es, que no se de divorcio entre continente —unidad— y contenido —diversidad—)
d) respecto a los neologismos (escrupulosa observancia, al introducirlos, de la trayectoria y singularidades del propio idioma)
e) el léxico jurídico no debe integrar un mundo aparte del lenguaje común y corriente, salvo cuando ineludibles exigencias técnicas lo requieran: expresar el pensamiento legislativo en forma digna y pulcra, libre de vulgaridades y de ramplonerías, es una cosa y otra muy distinta valerse a tal fin de una nomenclatura estrafalaria y de una fraseología ininteligible.
f) en materia de traducciones, hay que salvar el escollo de brindar, arrastrados por la literalidad, una falsa sensación de identidad o de analogía entre instituciones que, pese a su semejanza nominativa, posean distinto alcance, en el país de exportación y en el de importación.

OLIVENCIA, autor de una excelente, como suya, monografía,[32] diseccionó, de manera insuperable, la reforma concursal, insertándola en sus presupuestos

---

judicial (procesal) a base de aplicar al método y materias jurídicas y judiciales —el autor no distingue bien que lo uno (judicial), no es lo mismo que lo otro (jurídico)—, los que denomina principios de objetividad, inteligibilidad y dialéctica. En cualquier caso, la perspectiva o consideración científica del Derecho, como vemos, es cuestión indeclinable en relación con el lenguaje, por las consecuencias que ello ha supuesto y sigue implicando; por lo que no se puede despachar el asunto como algo incidental, tal cual hace CAZORLA, L.M., *El lenguaje jurídico actual*, Cizur Menor, 2007, págs. 29-30: «No entramos en la polémica sobre el carácter más o menos científico del Derecho. Arranquemos de esa condición en el seno de las ciencias sociales y subrayemos la tendencia predominante de interconexión de todas las ramas que integran el árbol de la ciencia». La cuestión es mucho más compleja y de enorme virtualidad práctica.

31. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología procesal*, México, 1972, págs. 10 a 13.

32. Cfr. OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica en la reforma concursal*, (Discurso leído el día 7-11-2005, en el acto de su recepción pública como Académico de Número, por el Excmo. Sr. D. Manuel Olivencia Ruiz y contestación

históricos, dogmáticos, léxicos e institucionales, aportando vías interpretativas, desde esos diversos sectores, de necesario manejo para el mejor entendimiento de nuestro Derecho concursal, presente y pasado. En el aspecto terminológico, en sentido estricto, y por lo que se refiere a las exigencias o requisitos del lenguaje jurídico, señala como tales: claridad, precisión, seguridad, propiedad y exactitud.[33]

En fin, CAZORLA, autor de una monografía,[34] en su momento, muy publicitada y de éxito de ventas, al parecer, se ocupa, entre otros aspectos, de la materia, señalando los siguientes requisitos que pormenoriza, subdivide y detalla: sencillez, claridad, llaneza, concisión, precisión, matiz, carencia de extranjerismos y sintonía adaptación a las circunstancias sociales reinantes.[35]

---

del Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005 (existe una edición posterior por ed. Iustel, Madrid, 2006), donde se ocupa del tema terminológico, I-2, págs. 28-42).

33. Respecto a la exactitud, matiza OLIVENCIA, acertadamente, que es aspiración, pero lo importante en la realidad es que el término usado tenga un significado preciso, aunque no corresponda exactamente al concepto que trata de expresar. Se trata de una nomenclatura, a veces arrastrada de usos y costumbres, y en este sentido «convencional, ob. cit., pág. 37. Sin embargo, por nuestra parte, como hemos indicado supra, aun estando de acuerdo con la convencionalidad hermogenesiana del lenguaje jurídico, preferimos, por ello, en vez de exactitud, precisión, coherencia y correspondencia. Curiosamente, aquí, OLIVENCIA, pág. 36, reproduce unos versos de «Eternidades», de Juan Ramón Jiménez: «Intelijencia, dame / el nombre exacto de las cosas! / Que mi palabra sea / la cosa misma creada por mi alma nuevamente / Intelijencia, dame / el nombre exacto, y tuyo / y suyo y mío, de las cosas!»; texto, ya citado, en 1972, por SENTÍS, *El lenguaje jurídico*, etc., ob. cit., pág. 358, nota 10.
En cualquier caso la exactitud es un ideal del lenguaje jurídico, y del jurídico concursal en concreto, que OLIVENCIA loa al recordar la frase de la Exp. De Motivos del Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores, del Instituto de Estudios Políticos, de 1959, afirmando textualmente: «La frase de la E. de M. del Anteproyecto de 1959 es antológica para un tratado de terminología jurídica: en la esencia de la institución se ha buscado la exactitud de su nombre. Que la denominación exprese la naturaleza de la institución». Texto que, recogido en ob. cit., pág. 86, parece contradictorio con el citado supra, que acoge en pág. 37 de la misma obra.

34. CAZORLA PRIETO, LM., *El lenguaje jurídico actual…*, ob. cit. Se trata de una obra encomiable por su intención omnicomprensiva, pero que falla en determinados aspectos de información y selección (con criterio) bibliográfica, así, pág. 29, cuando, para hablar de la perspectiva del Derecho como arte, acude, como argumento de autoridad a J. Boyd White, i como si no existieran antes un CELSO: «Ius est ars boni et aequi (Digesto 1.1.I.pr.), o, en el siglo pasado, no nos hubieran acercado a esa perspectiva CARNELUTTI, o CARRERAS en España. Además, muestra CAZORLA un estilo literario para cuyo enjuiciamiento basta el título de uno de los primeros epígrafes del Sumario: «El lenguaje jurídico es un lenguaje con tendencias y rescoldos demiúrgicos y arcanos» (ob. cit., pág. 26); pero es en sus desvíos e incorrecciones gramaticales donde más encontramos sus deficiencias: «en relación a», pág. 71, nota 73, además del no muy correcto (preferible en relación con) «con relación a», págs. 35, 50, 131 nota 156, 146, etc.; en sede judicial (vid sobre el giro en sede, LÁZARO CARRETER, F. *El nuevo dardo en la Palabra*, Madrid, 2004, págs. 117 a 121), pág. 45; pág. 51, cuatro líneas seguidas sin una coma. Dice de la Real Academia de la Lengua (en vez de Real Academia Española), pág. 21, etc.
La verdad es que, como hemos dicho e insistiremos, uno de los mayores problemas del lenguaje jurídico actual es la vulneración de las reglas léxicas y gramaticales (vicio por el que hemos entonado varias veces un justificado «mea culpa», por nuestro censurable, en tal aspecto y en el literario, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, *passim*, como lo volvemos a hacer aquí). Hasta tal extremo llega la paradoja que, el autor de una difundida y estimable obra, Pancracio CELDRÁN, *Hablar con corrección*, Planeta, 2006, en declaraciones a Vicente Torres en El periodista digital, jueves, 27-12-2007, se refiere a RODRÍGUEZ ADRADOS, como «un helenista importantísimo a nivel (sic) mundial». Vid sobre este sucedáneo preposicional LÁZARO CARRETER, El dardo en la palabra, Madrid, 2004, págs. 39-41.

35. Cfr. CAZORLA, *El lenguaje…*, ob. cit., págs. 81-107.

Por nuestra parte, como hemos anticipado, creemos que las exigencias o requisitos se hallan, matizadamente, vinculadas a la triple consideración o proyección del Derecho:

a) como ciencia —formal, en el sentido de BUNGE—: coherencia, rigor y consecuencia metodológicas)
b) como arte (plasticidad, belleza, galanura y elegancia)
c) como técnica (precisión, corrección, coordinación, claridad, diafanidad, adecuación, respeto a las reglas léxicas y terminológicas: técnico-jurídicas, gramaticales).

5. Funciones de la terminología: diferenciadora, identificadora, definidora

Mas también el lenguaje jurídico ha de tener además de exigencias, sus funciones, más generales, que serían, a decir de Olivencia,[36] la diferenciadora y la identificadora, y otras particulares, a nuestro ver, repetimos, vinculadas o derivadas de esa triple proyección: científica, artística y técnica; pero, quizá, la más relevante, sobre todo tratándose de normas, la materia en que se condensa, por excelencia, el Derecho, sea la definidora, que, en determinadas ramas jurídicas, y desde luego en la enseñanza universitaria, aparece como primordial (ej. en las normas punitivas, así. C. Penal, L.O. 1/2015: arts. 10, 13, 16, 17, 21, 22, 23). Muchas veces la definición, como en los casos citados, está explícita y es ineludible, en otros, subyace a la norma. Pero la dificultad de la definición no sólo está en que, en muchos textos legales, no es conveniente, por razones incluso estilísticas, sino en la tensión bipolar problema-sistema que, aunque teorizada en la obra de Viehweg,[37] ya se mostraba en el Derecho Romano: «om-

36. Olivencia, *El lenguaje*…, ob. cit., pág. 86: donde se refiere a la Ex. Motivos del Anteproyecto concursal de 1959 señalando que, el párrafo que transcribe, expresa con brillantez (desde luego no literaria, matizamos nosotros: 4 líneas seguidas en el texto sin una coma) la función del término y la importancia que los redactores del Anteproyecto le concedieron. La función diferenciadora de otras figuras (la suspensión de pagos, el convenio en el concurso) y la identificadora de la institución, adecuada a su naturaleza, efectos y finalidades (otra vez aquí, añadimos nosotros, apunta la teoría sustancialista o cratiliana, de la que, no obstante sus matizaciones en sentido formalista o convencionalista, ob. cit., pág. 37, no acaba de desprenderse). A ella agregamos nosotros la definidora (pues toda declaración jurídica supone definición, de finium, fijación de límite; algo ínsito a la regulación de relaciones intersubjetivas, misión principal del Derecho, e implícito a la idea Kantiana del Derecho como juego de límites).
Por su parte, Alcalá-Zamora, «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal», Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), II, México, 1974, pág. 99, sostiene, como recomendación, que los códigos no deben contener definiciones, máxime cuando el concepto o la institución definidos no sean pacíficos en la doctrina o cuando acerca de ellos se brinden nociones atrasadas. Por nuestra parte, la opinión de Alcalá-Zamora es compatible como desideratum en general, pero, en casos particulares, por razones de seguridad y hermenéutica (inteligibilidad) jurídica, es absolutamente necesario, así en las normas punitivas (C. Penal: arts. 10, 13.1-3, 16.1, 17.1, 18.1, 22.1ª.II, y 8ª.II, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, etc…).

37. Contenido en *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Diez-Picazo, Barcelona, 1964, esp. pág. 112 y ss.

nis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset» (JAVOLENO, libro undécimo epistolarum).

6. Ejemplos legislativos de la incapacidad de nuestra época para la corrección y ortodoxia jurídico-gramatical[38]

Ya no existen oradores (preferentemente juristas) de la talla de los de antes (esp. siglos XIX y mitad del XX), ni en el Parlamento ni en el Foro, a pesar de elogios, (en algún aspecto justificados, pero más basados en loables lealtades personales y académicas)[39] ni escritores de la galanura y plasticidad literaria de aquellos. Pero los redactores de textos legales, en el terreno gramatical y estilístico, particularmente en las Exposiciones de Motivos, son, frecuentemente, una calamidad. Basta con examinar ejemplos recientes. Preciso es recordar la L.E.Civ. (Ley 1/2000), cuya Exposición de Motivos fue, justamente, vapuleada por el añorado e inolvidable maestro LÁZARO CARRETER[40] al acotar: «En otro or-

---

38. La STC, Sala 2ª, 29/2008, de 20 de febrero de 2008, conocida popularmente como «caso Los Albertos», sobre prescripción penal, en su Fdto. Jur. 6, párrafo III, es una muestra también de la preocupación y atención sobre la trascendencia y funciones del lenguaje jurídico, al afirmar: «En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a seguir es el del respeto al tenor literal de la norma, «pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/ 1984, 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley». Dichos criterios estarán conformados por «las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993)» y por los «modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica». Así, «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios».
Pero el lenguaje no puede ser (a pretexto de un sedicente pseudo-tecnicismo) más pedante y abstruso en dicha resolución y, para la pulcritud léxica, conviene recordar aquí que dicho fundamento 6 comienza con el «elegante» y «original»: «En otro orden de ideas…». Vid., además, HENRIQUEZ SALIDO, M.C. y DE NO ALONSO-MISOL, E., *Pautas para el análisis del léxico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Navarra, 2005, aunque el análisis que realiza de la jurisprudencia del T.S., se aparta del enfoque que aquí desarrollamos, atendiendo más a supuestas cuestiones técnico-lingüísticas que gramaticales, técnico-jurídicas o estilísticas.

39. Cfr. OLIVENCIA, *La terminología…*, ob. cit., pág. 30 y nota 12; MENÉNDEZ, A., ibidem, pág. 198, refiriéndose a GARRIGUES como «el escritor más brillante entre los juristas españoles», con olvido de que MAURA, ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, AZAÑA y OSSORIO, a.e., fueron juristas, vid. al respecto OSSORIO, A., *El alma de la toga*, Buenos Aires, 1986, págs. 178-179, donde repasa estas figuras, además de otras: SALMERÓN, GAMAZO, SILVELA, Melquíades ÁLVAREZ, BERGAMÍN SÁNCHEZ ROMÁN, JIMÉNEZ DE ASÚA; vid, además, CUENCA TORIBIO, J.M., *La oratoria española. Una antología*, Madrid, 2002, esp. págs. 55-56, para ALCALÁ-ZAMORA y AZAÑA.

40. Vid. LÁZARO CARRETER, F., *El nuevo dardo en la palabra*, Madrid, 2003, ed. 2004, en Suma de Letras, págs. 172-173.

den de cosas, la Ley procura utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica resulte más asequible para cualquier ciudadano». Para ello, sigue va a «mantener diversidades expresivas para las mismas realidades». Y ejemplifica ese recién nacido desparpajo anunciando que se dispone a utilizar como sinónimas las palabras juicio y proceso, y que va a usar indistintamente pretensión y pretensiones y acción y acciones. Solo menciona estas audacias, pero hay más, muchas más. Así, en el párrafo citado, que comienza con el tópico periodístico, sonrojante en un Ley, «en otro orden de cosas», utiliza asequibles por accesibles, solemnizando tan disparatada sinonimia. Hay otras muchísimas audacias conspiradoras contra la ley del idioma, que tantos legistas no respetan para nada, y que es más antigua y universal que la de Enjuiciamiento. De contar con paciencia para leer la prosa de ese indigestible texto, saldría disparado un dardo. De momento, ahí va un ejemplo de la claridad que de sí mismo proclama este aborto de las Cortes: «Esta realidad, mencionada mediante la referencia a los consumidores y usuarios, recibe en esta Ley una respuesta tributaria e instrumental de lo que disponen y puedan disponer en el futuro las normas sustantivas acerca del punto, controvertido y difícil, de la concreta tutela que, a través de las aludidas entidades, se quiere otorgar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades». «Olé».

Tan demoledor juicio, con menor ingenio literario y formación académica, lo podemos extender a la pomposamente llamada Ley de Medidas de Protección integral contra la violencia de género (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre). Bienintencionada políticamente, para buscar resolver un gravísimo y lacerante problema; con soluciones harto discutibles que bordean la inconstitucionalidad, p.ej. en materia de vulneración de la garantía del juez natural (*iudex loci comissi delicti*); del principio de igualdad, de la presunción de inocencia y de la regla de la carga de la prueba, que se traduce en su incumbencia a la acusación (*a.e.,* SSTC 109/1986, 138/1990, 142/2009), así como la responsabilidad personal,[41] pero desastrosa en lo relativo al estilo y la ruptura de las reglas del idioma. Así, no le basta con el pedante «integral» (ahora todo es integral, o global - como, p.ej., se proclama la reforma concursal), sino que ensucia e idiotiza el idioma con el uso del término «género» (traducción pedestre del inglés *gender*), y aludimos al respecto, otra vez, al maestro Lázaro Carreter:[42] «Ocurre, sin embargo (webster) que "en rigor los nombres en inglés carecen de género" gramatical. Pero muchas lenguas sí lo poseen y, en la nuestra, cuentan con género (masculino o femenino) sólo las palabras, las personas tienen sexo (varón o hembra). A pesar de ello, los signatarios hispa-

41. Una crítica excelente, como suya, y demoledora, a esta Ley de buen propósito, pero disparatada en lo técnico-dogmático y las garantías, por Gimbernat, E., en «Ciudadanos y violencia de género», diario *El Mundo*, 23-12-2015.

42. Así, Lázaro Carreter, F., *El nuevo…,* ob. cit., pág. 225

nohablantes aceptaron devotamente género por sexo en sus documentos, y de tales y de otras reuniones internacionales, el término se ha esparcido como un infundio. Lo señalé hace meses, pero por ahí tenemos galopando tan aberrante anglicismo y a quienes tan justa y briosamente combaten la violencia contra el sexo, ejerciéndola cada vez más contra el idioma». La L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, sigue en esa línea de incorrección gramatical, así: Título II Políticas (sic) públicas para la igualdad; art. 19 Informes de impacto de género (no se puede ser más pedante, ignaro gramaticalmente y miméticamente anglicista, que el legislador en estos casos), creándose administrativamente una Secretaría de Estado de Políticas (otro pedestre anglicismo, que se extiende como una mancha de aceite, con olvido de que el sustantivo política en español carece de plural) de Igualdad. En fin, el disparate riza el rizo cuando, en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en su art. 14-i) dice de la no discriminación por razón de género, sexo u orientación sexual. ¿En qué quedamos? ¿No es lo mismo, para estos legisladores ignaros del español, género que sexo? ¿En qué se diferencia aquí para el redactor del precepto? No le basta al legislador con en basarnos (en base a) prepositivamente cada dos por tres, con confrontarnos (la abreviatura cfr. debemos guardarla en el desván los investigadores y publicistas); temarnos (de «tema»), constantemente; legislar «en profundidad» (desde las simas de la mar océana de la ignorancia); «hoja de ruta», anglicismo (*map of the road*), por plan;[43] el sencillo y elegante procedimiento se ha convertido en «protocolo», polisémico; el pedante «paradigma»;[44] el *elegante* «de cara a», para sustituir a la preposición «para»; etc. El lenguaje se empobrece e invade de barbarismos, generalmente anglicismos; a veces colados de modo literal, así, en los motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 39/2015, de 1 de octubre, EM IV), se dice de *better regulation* y *Smart regulation*. Todo ello, pues, «como no podría ser de otra manera o de otra forma», horrendo latiguillo tan de actualidad. No, ya no sabe ni distinguir y diferenciar (funciones propias de la terminología jurídica, como hemos visto) los mismos términos que, impropiamente, trata de imponer legislativamente. Género y sexo son cosas diversas. La retahíla de

---

43. Como indica la Fundéu BBVA en *Manual de español urgente*, Barcelona, 2015, pág. 184, «el DRAE lo ha admitido [hoja de ruta] como "documento en el que constan las instrucciones e incidencias de un viaje o transporte de personas o mercancías». El uso ha dado a esta expresión un significado nuevo que pude (*sic*) considerarse válido, tomado de la expresión inglesa *road map*: conjunto de fases que se establecen para alcanzar un objetivo». Pero no deja de ser un pedestre anglicismo, tomado a su vez del francés *feuille de route* (cfr. García Gutierrez, Garrido Nombela, Hernández de Lorenzo, *Libro de estilo. Universidad Pontificia de Comillas*, Madrid, 2003, pág. 200), de uso abundante en los medios, pretendidamente culto y que en nada aventaja al correcto, en español, plan, procedimiento, itinerario.

44. El tan asendereado *paradigma,* popularizado por Khun y Morin (cambio de paradigma), es implacablemente ubicado por Bunge, M., *Las pseudociencias*, ob. cit., pág. 101.

barbarismos, neologismos, anglicismos y demás desvaríos terminológicos de nuestros legisladores puede expandirse hasta el infinito. El preámbulo de la Ley de Reforma que aquí tratamos (L.O. 13/2015) es, en este punto, también muy censurable. Así, ordinal I: «máximo concierto posible», el inelegante «fortalecimiento»; II.3: de «a mayor abundamiento» hasta «regulaciones» sin ningún punto o coma; III.1: «introduce… con la introducción»; III. pár. antepenúltimo: «en relación a los menores», en lugar del correcto «en relación con»; IV.1: «fenomenología (sic) criminal; IV.5: «cada diligencia modulará (sic) y se regirá por las reglas específicas propias de su propia particularidad; V: con su *elegante* «ajuste conceptual y terminológico». Sin comentarios respecto a quienes tienen el atrevimiento de debelar a la LECrim de 1882, no llegando en elegancia literaria, galanura expresiva y corrección léxica ni a los tobillos de su exposición de motivos, debida, como se ha dicho, al ilustre siroleño[45] Moreno Nieto y no al gran reformador y legislador burgalés Alonso Martínez, firmante de la misma.

7. Reforma innecesaria desde las perspectivas dogmática, institucional y semántica. Conveniencia de ampliar el ámbito tutelar del art. 118 LECrim —otra oportunidad perdida. La dialéctica investigado/encausado: de lo insuficiente en uno a lo excesivo en otro. Una fallida solución léxica, jurídica y conceptual. Impropiedad, deficiencia expresiva e instrumentalidad del tecnicismos «investigado». El vacío léxico, jurídico y garantista del acto de atribución de la condición de investigado: ni investigación ni acto de investigación

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo concerniente a la potenciación de las garantías del sujeto pasivo del proceso penal, es loable en

45. El municipio de Siruela, situado en la Siberia Extremeña (Badajoz), mantiene y exalta la memoria de sus hijos egregios y, al igual que modernamente honra a Enrique Moreno González, quizá nuestro más prestigioso cirujano, Catedrático de Patología Quirúrgica en la Universidad Complutense, Premio Príncipe de Asturias, apodado admirativamente *Dios* en los ambientes sanitarios; conserva la de José Moreno Nieto, también catedrático, Decano de la Facultad de Derecho y Rector de la Universidad Central, además de presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Sin embargo, el quehacer jurídico de Moreno Nieto ha sido, a nuestro juicio, poco abordado (vid. Rodríguez Serrano, E., «Biografía de José Moreno Nieto», *Revista de Estudios Extremeños*, tomo LXIX, núm. 1, 2013, págs. 267-284). Empero la referencia de su más que posible autoría de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sostenida como hemos dicho *supra* (nota 7) por Covian, Jiménez Asenjo, Alcalá-Zamora, Gómez Orbaneja de forma implícita, y por nosotros. Nos parece de justicia, habida cuenta además de nuestro origen y ascendencia extremeña, resaltarlo aquí. También en la Siberia Extremeña, a veinticinco kilómetros de Siruela, en Puebla de Alcocer, nació, noventa años después, otro destacado jurista, Antonio Hernández Gil, también presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, como Moreno Nieto.

su intención, y así puede suponer un avance en el incremento de dichas garantías por vía de la transposición de alguna directiva comunitaria relativa al derecho de defensa, en particular, en lo que toca a la nueva redacción, en cuanto a su contenido, de los arts. 118 y concordantes (arts. 509, 520, 527 y siguientes, 520 ter).

En particular, el art. 118 LECrim debería ampliarse en el sentido de incluir que se podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento no solo *desde que se comunique su existencia*, sino incluso desde que haya tenido conocimiento de su pendencia, hasta oficiosa o extraprocesalmente, posibilitando así personaciones ultróneas. Sin perjuicio de hacer valer sus derechos amparándose en los arts. 24.1 CE y 270 LOPJ (garantía notificatoria que se extiende a quienes pueden estar referidos en el proceso y se les puedan deparar perjuicios). De esta manera, para garantizar la defensa del sujeto pasivo del proceso penal frente a procedimientos o actuaciones que se desarrollan en secreto, de modo alegal o ilegal, y a sus espaldas. Tanto a procedimientos judiciales como prejudiciales, con apoyo además, para estos últimos, en el art. 5.Dos.IV del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981) que permite tener conocimiento del contenido de las diligencias practicadas. En igual sentido, el art. 6.3.a) CEDH y los arts. 31.1.b) y c) (condición de interesado), 35.e) (toma en conocimiento), así como los artículos relativos al respeto a los derechos del *presunto* responsable: art. 135.II, derecho a ser notificado y art. 135.III, derecho a formular alegaciones, todos estos de la Ley 30/1992.

Por otra parte, para llevar a cabo el cometido reformista del léxico, se utiliza una técnica convencionalista o hermogenesiana, que se consagra en el apartado 21 del artículo único, en el que cristaliza, bajo el rubro sustitución de términos, una especie de principio de subrogación nominal, parafraseando al denominado, en Derecho Civil Patrimonial, fenómeno de la subrogación real.[46] A nuestro juicio, vale aquí el viejo dicho español: «aunque la mona se vista de seda, mona se queda».

La supuesta necesidad de la reforma léxica, a nuestro ver, no es tal bajo el pretexto de la modernización, pues el término imputación (italianismo) se introdujo en la LECrim en 1978, permaneciendo, además, en la propia StPO,

---

46. La figura de la subrogación real es propia del Derecho civil, donde se considera la institución como la sustitución jurídica de un bien por otro en el patrimonio de un sujeto jurídico de tal modo que el bien nuevo, sea una cosa mueble o inmueble, un crédito o una indemnización, ocupe el lugar del bien antiguo para ser sometido al mismo régimen (CASTÁN). Por su parte, ROCA SASTRE, la conceptúa como aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada, pasa a calificar o afectar, en igual sentido, a otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquella cuando la misma haya sido objeto de una enajenación o pérdida; cfr. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, Rev. Derecho Privado, 1949, pág. 281.

aun con reformas profundas en 1924 y 1974, es de 1877, vigente desde 1879, recogiendo los particulares relativos a las denominaciones en su §157. La innovación nominal ha obedecido, pues, más bien a un impulso mediático, reclamado más por políticos y personas de relevancia pública que por la ciudadanía de a pie.

Al acometer la reforma, con el solo cambio de veste formal no se consiguen los objetivos de desestigmatización que pretende, pues se obvia la propia configuración técnica del proceso penal, que avanza escalonadamente y con una formulación progresiva de la imputación.[47] Esto es, para el desenvolverse progresivo de un proceso penal, son precisos peldaños institucionales que incrementen el reproche (atribución) punitivo al sujeto pasivo; al que, por tanto, de alguna forma ha de denominarse. Esto es, cuanto más se avance, más reproche, más penosidad del proceso y más dilución o debilitamiento del principio de indemnidad de la tutela se van produciendo.

La dialéctica investigado/encausado, pivote sobre el que gira la reforma en este punto, no está perfectamente acabada, pues su alcance no se determina en el texto normativo, por lo que hay que ir al Preámbulo (con los riesgos que esto supone para rigor aplicativo; que oscila desde el Tribunal Supremo, que siempre mantuvo que para fijar el sentido y alcance de una ley no hay fuente de interpretación más directa que la Exposición de Motivos —STS, Contencioso-Administrativo, de 15 de febrero de 1943—; hasta la postura renuente del Tribunal Constitucional, consagrada en la STC 31/2010, que establece que carece de eficacia jurídica interpretativa las referencias del preámbulo del Estatuto de Cataluña) y, de este, al art. 46 del Proyecto de 2013 (rotulado *sujetos encausados*, artículo léxicamente erróneo, terminológica y conceptualmente pobre, al decir: «son encausados todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias a la pena y sean investigados o encausados en el proceso penal»). Como se ve, este último no coordina el masculino «sujetos» con el femenino «personas» y acaba con una tautología vacua, pues, a su tenor, son encausados los que resultan encausados o investigados en un proceso penal. En este despropósito definidor se encuentra lo más aproximado a un concepto legal, a diferencia de ordenamientos comparados, como el §157 StPO, arts. 60 y ss. CPP italiano o art. 74 CPP paraguayo, artí-

47. Cfr. Carnelutti, F. *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1994 (1950), pág. 146. Sobre el desarrollo escalonado del proceso penal y la formación progresiva de la imputación, vid. Lozano-Higuero Pinto, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1990, págs. 147-148. Es el principio, pues, de indemnidad de la tutela, el que supone el envés contrarrestador del de penosidad.

culo, este último, loable por su precisión, claridad y omnicomprensión. También marcan valiosas pautas el Código de Chubut (Argentina), de 2006, obra de MAIER y HEREDIA, en su artículo 81; el de Neuquén (Argentina) de enero de 2014; o el propio y más reciente Código de la Nación de diciembre de 2014 (art. 63 y 64). Desde otra perspectiva, más acusatoria angloameriacana o adversarial, el art. 94 de Código Nicaragüense. Es allí, por tanto, en el Proyecto de 2013, donde dicha dualidad y el contenido de los conceptos respectivos, halla una supuesta justificación y, por ello, encuentra un sentido, aunque sea este, como se ve, pleonástico, lindante con el dislate jurídico y lógico. En cualquier caso, perviven en el ordenamiento denominaciones próximas[48] como la de sospechoso (art. 5.Dos, pár. 4 EOMF), indicado (art. 488 LECrim), etc., con unas deficiencias de expresión y polisemia censurables, que conducen a una auténtica logomaquia, manteniéndose dispersas, por el propio cuerpo legal, las voces imputado o imputación, sin ser objeto de subrogación nominal expresa en el mencionado apdo. 21 del Artículo único. Por lo demás, en el acervo jurisprudencial han germinado, *extra legem*, vocablos como imputación definitiva provisional, formal, explícita, etc., cuyo acomodo en la reforma, génesis y eventual desvirtuación no resuelve, *prima facie*, el legislador de 2015, permaneciendo, pues, la indeterminación, ya que el término investigado es materialmente insuficiente, pues investigado lo es todo el sujeto a una investigación, ya sea esta policial, fiscal, administrativa o procesal —incluso de índole privada, por ejemplo por un detective— y el de encausado, formalmente excesivo pues, en sentido estricto, se refiere a toda persona sujeta a la causa, pasivamente y no porque las eventuales incriminaciones sean más consistentes y relevantes que respeto al investigado. Así, tan encausado resulta el sujeto a la causa desde el inicio como el que, al final, es condenado, con independencia del incremento progresivo de la atribución punitiva y el estadio en que el procedimiento se encuentre. La propiedad, rigor y precisión terminológicas se han perdido y, desde luego, la seguridad y defensión jurídicas se han debilitado. El cambio del *nomen iuris* ha supuesto, pues, una auténtica trivialización el *titulus attributionis*, sin que, por el contrario, por tal mutación, en sí misma considerada, se hayan incrementado las garantías del vinculado pasivamente (*Einslassungszwang*) al objeto y procedimiento penales. De resultas de ello se ha trivializado, por esa mera mutación, la sujeción o vinculación del sujeto pasivo al proceso penal, sin que se hayan aclarado las diversas situaciones, manteniendo diferentes sistemas de atribución punitiva: el de la atribución difusa o dispersa (propia de la imputación *strictu sensu*) y el de la atribución formal, solemne y concentrada (auto de procesamiento, sin aludir

48. Sobre las diferentes situaciones del sujeto pasivo en los ordenamientos comparados, vid. RENEDO ARENAL, M. A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid, 2007, págs. 160 a 187.

a las singularidades del procedimiento por delitos leves y al de enjuiciamiento rápido). Todo ello sin justificación objetiva y como resultado de una pervivencia de parcheos legislativos. En fin, si al acto de atribuir la condición de imputado se le llamaba antes imputación ¿cómo se denominará ahora a la de conferir la de investigado? Que nos lo expliquen los doctos integrantes de la pretendida Comisión para la claridad del lenguaje jurídico y demás ilustres asesores a los que se dice haber consultado (¿Cazorla?, etc.) si es que, en verdad, se les ha pedido razonado y documentado consejo.

EL DRAE nos indica que investigar, en su primera acepción, consiste en hacer diligencias para descubrir algo y, en su tercera, aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente.

Por su parte, imputar lo califica como atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable.

A la vista de lo anterior, semánticamente, investigar supone un iter, algo que no es un fin en sí, sino una actividad instrumental. Imputar, por contra, es una actividad estática que se agota o concreta en la imputación. Investigar se agota o concreta no en un acto, sino en un iter. No existe, pues, en español, un término que exprese o condense en un solo momento y vocablo léxico la función de investigar. La investigación es ínsitamente instrumental, la imputación puede no serlo. Por ello, la bipolaridad imputado-investigado se resuelve con ventaja léxica para aquél y sin ninguna mejora garantística respecto de este.

De una investigación puede resultar la imputación. De la imputación, puede subseguir o continuar o devenir una investigación. En definitiva, la introducción del término investigado complica léxicamente los tecnicismos existentes sin que ningún provecho aporte respecto a la disminución o dilución del componente estigmatizador. Afecta igual al principio de indemnidad de la tutela y no torna más razonable y liviano el componente dañoso de los necesarios tecnicismos de vinculación pasiva al proceso penal.

En resumen, la bipartición investigado/encausado, al parecer basada en la intensidad de los elementos incriminatorios, además de poco rigurosa y de perfiles borrosos, no respeta adecuadamente la garantía de indemnidad procesal razonable de la atribución punitiva, pues no se han delimitado con precisión los perfiles que separan una de otra figura, como tampoco los demás elementos institucionales que integran los respectivos tecnicismos.

No se soluciona, dicho queda, el problema de la ausencia de una resolución formal de desatribución punitiva que, dejando sin efecto la condición de inves-

tigado o encausado, pudiera producir la consecuencia de desvincular judicialmente al sujeto pasivo del proceso, exonerándole, formal y materialmente, del mismo. Cosa que sí acaece, y de allí su mayor garantismo y perfección técnica, con el sistema del procesamiento, como siempre ha repetido la doctrina y ensalzara el propio CARNELUTTI.[49]

En suma, no se puede decir que sea «Una reforma aciaga para la justicia» (Diario *El Mundo*, 04/10/2015), aunque es cierto que la redacción es defectuosa y la falta de rigor técnico resulta patente. Avanza en el reforzamiento de los derechos del justiciable, pero léxicamente es pretenciosa y fallida, con incorrecciones gramaticales y de utilización de tecnicismos. Desde la perspectiva de un neogarantismo razonable, sabe a poco y revela la incapacidad de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho, al menos en cuanto a la redacción de un nuevo texto normativo procesal penal. Desde luego, comparándolo, en la distancia temporal y la evolución legislativa y doctrinal, con la LECrim de 1882, el texto de 2015 es inferior en espíritu, impulso modernizador y concepción ideológica, además de la superioridad de la LECrim en pulcritud léxica y elegancia literaria.

Respecto a la introducción de los plazos preclusivos para la instrucción, un uso razonable de esta novedad es de elogiar desde la perspectiva de las garantías de indemnidad de la atribución punitiva, plazo razonable, presunción de inocencia y *double jeopardy* (persecución penal única). También lo es la nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica; pero lo concerniente al léxico y el uso de los tecnicismos, repetimos, deja mucho que desear y coloca en su adecuado lugar la vanidad de su redacción.

Si se querían haber eliminado los efectos estigmatizadores de la atribución punitiva, que nunca, por lo dicho, por la propia estructura escalonada del proceso penal, pueden obviarse totalmente, mejor hubiera sido profundizar y reformar acompasadamente la garantía de la presunción de inocencia, en sentido análogo al art. 9.1 del Code Civil francés, tras sus reformas de 1993 y 2000 y, en particular, mejor hubiera resultado acometer, separadamente, en una Ley Orgánica *ad hoc,* un Estatuto del sujeto vinculado, actual o potencialmente, al proceso penal, tal como apunta el apartado VI del Preámbulo, que recogería pautas de aportaciones doctrinales y legales al efecto.

---

49. CARNELUTTI, *Cuestiones…*, ob. cit., pág. 145.

8. ¿Una reforma aciaga para la Justicia? Soluciones de Derecho comparado. Dispersión, desaliño, defectuosa y contradictoria configuración de la institución del sujeto pasivo penal en la Novela de 2015. Pervivencia de los términos imputado/imputación en el texto legal de la LECrim. La presunción de inocencia y el estatus del sujeto pasivo en la Novela de 2015. Teoría general de la presunción de inocencia. Sobre la conciliación sistemática e institucional entre el principio de inocencia propio del Civil Law y la figura del Common Law condensada en la regla BARD (beyond all/any reasonable doubt). Dimensiones de la presunción de inocencia, en particular el enfoque liberal y neogarantista: potenciación del aspecto dinámico de la carga de la prueba. Distinción de los hechos a efectos de la carga de la prueba. Un esbozo sobre la necesaria pervivencia de la figura de la acción popular penal, manifestación del máximo nivel de participación y dignidad ciudadana, hito de nuestro proceso penal. Conveniencia y posible contenido de un estatuto normativo del imputado

Desde luego, en primer lugar, sería conveniente precisar léxicamente la terminología, bastante difundida en los medios de comunicación, incluso normativamente (en la propia LECrim, art. 544 *ter.*4, se habla de presunto culpable), pues más allá de que la presunción de inocencia no es técnicamente una presunción —por eso mejor decir principio de inocencia—, es una contradicción absoluta que se hable de presuntos delitos, presunto delincuente o presunto responsable, etc., respecto a quien es, por imperativo constitucional, presunto inocente, Dígase y utilícese, de una vez, el término *supuesto*, que aunque sinónimo, no incide plenamente en ese error lingüístico.

En cuanto a las aportaciones legales, habría de tomar en cuenta ordenamientos comparados que han regulado el asunto del estatuto del imputado, en particular su conexión con la presunción de inocencia. Así, el art. 7 del Código Procesal Penal de Chubut o el art. 3 del Código de la Nación Argentina. Dentro del ordenamiento europeo, trasnacional, el Libro Verde de la Comisión Europea de 26 de abril de 2006 y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerzan determinados aspectos de la presunción de inocencia, de 2013. Entre las legislaciones próximas, la reforma del art. 533.1 del CPP italiano, que establece, por virtud de esta *Ley Pecorella*, 46/2006, una nueva regla o criterio de condena, siguiendo el estándar *l'oltre oggni ragionevole dubio*: el juez dicta sentencia de condena si el imputado resulta culpable del delito debatido más allá de toda duda razonable. Fórmula esta, en

cierto modo, seguida por el Anteproyecto español de 2011 en su art. 32.2. La introducción del estándar[50] BARD (*Beyond all/any reasonable doubt)* quizá venga más forzada en el sistema italiano, en razón de la débil formulación, en sentido negativo, del art. 27 de la Constitución italiana, que afirma que «el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva», al contrario que la formulación positiva explícita del art. 6 del CEDH o implícita de nuestro 24.2 CE. La dicción del texto italiano llevó a ANDRIOLI a sostener, a nuestro juicio equivocadamente, que de ella se derivaba una carga formal de la prueba, verdadera y propia para los sujetos de la relación procesal.[51] La cuestión es ya mayoritariamente pacífica, pues se entiende que en el trípode *fatto-prova-veritá* se asienta la vinculación entre principio de inocencia y convicción bastante para enervarla.[52]

Por el contrario, el Anteproyecto de 2013, dispersa el tratamiento del imputado en diversos artículos. Así, en lo referente a la presunción de inocencia, con buen criterio, lo incluye entre los principios del Título Preliminar, en el artículo 6, pero en él, con desafortunada sistemática, desconocimiento de los tecnicismos procesales y exceso de dogmatismo, incluye, en un *totum revolutum*, instituciones quizá próximas, pero que deberían haber sido reguladas en preceptos distintos. Todo ello adobado con inapropiadas expresiones léxicas. Así, en el apartado 1º de ese artículo 6, se refiere a la presunción de inocencia; en el segundo, a la carga de la prueba y, en el tercero, a la apreciación de la prueba. En el apartado 2º dice textualmente «la carga de la prueba la *ostenta* (*sic)* — DRAE: «Mostrar o hacer patente algo», donde debería haber puesto incumbe a— y se *proyecta* (DRAE: «Lanzar, dirigir hacia adelante o a distancia», debería haber dicho abarca o cubre) sobre la totalidad de los elementos constitutivos del delito, tanto de carácter objetico como subjetivo». En cuanto a este apartado, debemos repetir que debería haberse ubicado sistemáticamente en otro lugar, en lo concerniente al Ministerio Público o bien en los preceptos sobre prueba. La referencia a los elementos constitutivos del delito es, salvo error u omisión, inusual en el Derecho comparado, y atrevida dogmáticamente, pues la discusión sobre los elementos constitutivos del delito no es pacífica entre los penalistas y, desde luego, desparejada con la teoría general del Derecho Procesal, que se refiere a los hechos, a efectos de la carga probatoria, distinguien-

---

50. Sobre el concepto y naturaleza de los estándares, Cfr. COUTURE, E. J., *Fundamentos…*, ob. cit., pág. 232, donde los considera tanto medida media de conducta social como directiva general para guiar al juez.

51. Vid. BETTIOL, G, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, trad. Gutierrez-Alviz y Conradi, Barcelona, 1977 (1973), pág. 263-264. Sobre el que aquí denominamos como estándar BARD, vid. Más ampliamente, DE FRANCHIS, F., *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, págs. 107-109, 291, 384, 385 y 594. En materia civil se requiere una prueba menos exigente, fundada sobre el *balance o preponderance of probability*. En términos parecidos, para el proceso penal, CARNELUTTI, *Cuestiones*…, ob. cit., pág. 138

52. Vid. CANZIO, TARUFFO, UBERTIS, «Opinioni a confronto. Fatto, prova e veritá (alla luce dell principio dell' oltre ogni ragionevole dubbio»*, Criminalia,* 2009*,* pág. 205 y ss.

do entre constitutivos, extintivos y excluyentes, y a ello obedece, con muy superior elegancia literaria y propiedad normativa y dogmática el propio art. 217 LEC, que regula la carga de la prueba en los procesos civiles, pero que, *mutatis mutandis*, y sin caer en la transmisión mecánica que reprochaba James Goldschmidt,[53] podría haber servido de pauta a los autores de este precepto desacertado. Y decimos esto ya que, con sorpresa, en el número 3º de este artículo 6, se dice que las pruebas serán libremente valoradas por el tribunal conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y las máximas de la experiencia, omitiendo el sintagma *sana crítica*, tan propio del Derecho hispano, y que los modernos códigos iberoamericanos suelen recoger y mantener.

Lo señalado anteriormente sobre la indebida inclusión de instituciones afines a la presunción de inocencia no empece a que, desde los tratadistas clásicos, se haya abordado el problema desde el punto de vista dogmático, de la carga de la prueba, junto al principio *in dubio pro reo* y la valoración de la prueba.[54] Pero ello no supone que, en el texto normativo, obediente a unas reglas de configuración y expresión distintas, deba seguirse esa metodología. Una cosa es un texto docente o doctrinal y, otra, un texto legal. Siendo, en todo caso, coherentes con la opción del legislador de 2013, podría maximizarse ese criterio expansivo e incluir en ese artículo de la presunción, mejor *principio*, de inocencia lo relativo a la suficiencia de prueba, licitud de la misma y todas las demás cuestiones de repercusión probatoria, para llegar a la motivación de la sentencia y demás instituciones conexas con la tutela de la inocencia. Pero una cosa, repetimos, es un texto doctrinal y su arquitectura metodológica y otra un texto legal y su arquitectura normativa. No se deben confundir ni trasvasar, *uno ictu*, lo dogmático con lo normativo. La técnica científica con la técnica legislativa. Una cosa es que el principio de inocencia, repetimos, mejor que presunción, pues técnicamente no encaja en la naturaleza jurídica de las mismas, se regule como principio general, en un título preliminar, y otra cosa es que todas las instituciones conexas, derivadas o vinculadas al mismo, deban contenerse en un mismo precepto legal.

Nuestro máximo procesalista penal,[55] en uno de sus capítulos menos dichosos, quizá por la época en la que fue redactado, trata el tema de la presunción de

---

53. Cfr. Goldschmidt, J., *Principios generales del Proceso*, II, Buenos Aires, 1961, págs. 43, 44, 49

54. Así, Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Penal,* 10ª ed., Madrid, 1984, págs. 276-282.

55. Cfr. Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Barcelona, 1947, págs. 116, sobre la tutela del inocente.
En el momento de la redacción de estas líneas, asimismo, en el llamado *caso Nóos* y ante la eventualidad de juzgar a la Infanta Dª Cristina de Borbón, se ha citado, también a Gómez Orbaneja en las sesiones de la vista de dicho proceso, y ello en relación con la denominada *doctrina Botín*, que ha limitado el ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado cuando no acusan ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular. En dicho *caso Nóos* creemos que dicha denominada *doctrina Botín* no es de aplicación, no ya porque la misma se innovó y corrigió en

inocencia al inicio de sus comentarios. Esto no empece para que el texto legal lo distribuya de distinto modo. Ciertamente, la incursión, aventurada, que realiza el art. 6 del Anteproyecto de 2013 abre la puerta a una multiplicad de problemas a los que dar una solución normativa en el propio cuerpo legal es arriesgado por su propia controversia dogmática. Así, frente a la simpleza de la norma que trata de la cargas escuetamente, se ha de añadir lo relativo a la distinción entre carga formal y carga material. La primera, inoperativa en el proceso penal, no sujeto al principio dispositivo, y la segunda,[56] por el contrario, de plena aplicación, pero que regula la posición de juzgador ante el hecho incierto, y quién debe asumir las consecuencias de dicha incertidumbre y de la falta de prueba.[57]

Esta regla provoca que la simplista remisión a los elementos objetivos y subjetivos del delito se reoriente y se establezca, desde el punto de vista procesal penal, en una distribución aproximada del modo siguiente, particularmente, en la línea de SARACENO. Los hechos constitutivos, a cargo de la acusación, que comprenderán la tipicidad —acción y omisión típicas—; actividad y resultado; la culpabilidad; las condiciones de punibilidad y las condiciones de procedibilidad. Los hechos impeditivos, de incumbencia del acusado, referi-

---

el *caso Atutxa*, sino porque se refiere a un supuesto diferente, pues allá no se apreciaban delitos, y aquí sí. Respecto a la propia *doctrina Botín* y las limitaciones de la acción popular, con referencia a su precedente, véase el auto de 20 de diciembre de 2005, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, relativo a las cesiones de crédito, que es el germen del denominado *caso Botín*, así como el artículo de GIMBERNAT ORDEIG, E., «La antigualla de la doctrina Botín», Diario *El Mundo,* de 12 de enero de 2016. Acerca de esta materia y de eventuales restricciones de la acción popular, damos una opinión crítica en nuestro trabajo «Sobre conceptos fundamentales del proceso penal en el sistema espacio-temporal de las garantías constitucionales supranacionales», *Estudios de Derecho español y europeo,* Santander, 2009, págs. 511-512. La posición clásica de GÓMEZ ORBANEJA, contenida en su *Derecho procesal penal,* ob. cit., págs. 95-99 y, particularmente, en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Barcelona, 1951, 207-211 y 223-235, donde dice que el sistema de nuestra LECrim encierra en sí el peligro de una privatización del proceso penal absolutamente incompatible con su finalidad verdadera y el carácter de la pena estatal (vid. también, *ibídem*, *supra*, pág. 172, con cita de BELING), es de una gran profundidad y rigor técnico dogmático, pero desde la perspectiva de un neogarantismo razonable no puede ser compartida [vid. sobre los criterios de evaluación de la calidad normativa, LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «Nuevas perspectivas sobre la ejecución civil» en RAMOS MÉNDEZ, F. (Dir.), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución civil*, Barcelona, 2014, pág. 45, n, 4]. Para nosotros, en los actuales momentos de lucha contra la corrupción política y económica y de incremento del acceso a la justicia, particularmente a la penal, no ofrece dudas que el aumento de la legitimación en sentido *uti cives* en el proceso penal es de un valor que no debe dejarse perder. Una clara ventaja, en este punto, respecto a sistemas de Derecho comparado. La acusación popular es un «hermoso lujo del Derecho a cuya consecución debe de tenderse como expresión máxima del reconocimiento de la mayoría de edad ciudadana» (ALMAGRO NOSETE, J., «La acción popular ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica», *Rev. Derecho Político,* núm. 12, invierno 1981-82, págs. 65, 66 y 81) y entre los romanos era considerada como el máximo nivel de dignidad personal del ciudadano (SETTIS). En este sentido, cualquier profundización en estos momentos y aumento de la legitimación popular penal debe ser bienvenido, y cualquier restricción debelada. Seguro que la opinión del insigne GÓMEZ ORBANEJA, como la de otros ilustres maestros clásicos contrarios a la acción popular (JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), malcitados algunos de ellos en el *caso Nóos*, en este juicio y en los actuales momentos de corrupción, cambiarían de criterio respecto a sus críticas negativas a la acción popular penal.

56. Sobre la carga material de la prueba, GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del proceso*, Tomo I, Buenos Aires, 1961, págs. 133 y Tomo II, págs. 82 y 96. También, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 278 y 279

57. El capítulo del hecho incierto y la posición del juez ante el mismo fue puesto magníficamente de relieve por SARACENO en *La decisione sul fatto incerto nell processo penale,* Padova, 1940, 127-237. Más recientemente, BARGI, A., *La decisione sul fatto incerto*, *Archivio Penale*, núm. 2, 2014, págs. 1-18

dos a las causas de exclusión de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Aunque aquí la clasificación es borrosa y las líneas distintivas permeables: los hechos extintivos, a cargo también del acusado, que comprenderán la prescripción, el cumplimiento de la condena, la amnistía y el indulto, así como el arrepentimiento espontáneo y activo. Las circunstancias de exclusión de la pena operarían ora como extintivas cuando concurran después de la consumación del delito, ora como impeditivas, en otro caso. Así, la legítima defensa, el estado de necesidad o el consentimiento del ofendido. Como hecho excluyente quedaría únicamente la categoría, cuando operase, en los delitos reservados a instancia de parte, del perdón del ofendido

La presunción/principio de inocencia[58] es cierto que constituye un vaso comunicante[59] con el concepto y estatus del imputado. Se trata esta de una institución compleja que se ramifica en diversos estratos. Así: 1) es un principio constitucional informador y delimitador del estatus de todo sujeto jurídico afectado

---

58. Generalmente, por todos, Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, 2005, 117-159, se viene diciendo de la expresión tetrapartita de la presunción de inocencia: 1) como principio informador del proceso penal garantista; 2) como regla de tratamiento durante el curso del proceso penal; 3) como regla probatoria; 4) como regla de juicio. A nuestro entender, como aquí se mantiene, es mucho más amplia, tanto para la primera como para la segunda vertiente, pues no se constriñe al proceso penal, sino a procedimientos anteriores de carácter sancionatorio o limitativos de derechos, basados en la conducta o en la condición de las personas, como acertadamente ha apuntado el Tribunal Constitucional (Sentencia 137/1982, de 1 de abril) y además abarca a procedimientos no puramente penales, como puedan ser incluso los civiles, aun con excepciones (STS, Sala 1ª, de lo Civil, de 17 de enero de 2004). Como ha matizado la STC 42/1989, en el ámbito administrativo punitivo es claro, en razón también de lo establecido en el art. 137 de la Ley 30/1992, cuyo rubro es *presunción de inocencia.* Se observa, por tanto, una esquizofrenia institucional, pues mientras, por un lado tiende a expandirse, desbordando el marco procesal penal para pasar a otros procesos, entreverando todo el ámbito limitativo de derechos, que se basa en condiciones peyorativas de los sujetos tutelados; por otro, tiende a restringirse o minorarse, por ejemplo, modificando la carga de la prueba, que se desplaza desde la otra parte para volver al sujeto en principio tutelado por la inocencia (así, en el caso de la violencia de género, respecto de la presunción, *iuris et de iure* del carácter machista de la agresión o infracción punitiva concernida; bien, en determinados supuestos de procesos laborales, como los recogidos en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS). Por otro lado, se tiende a eliminar totalmente en el ámbito de la denominada jurisdicción deportiva —vid., más ampliamente, Foz Moreno, C., «El caso Benzema, la presunción de inocencia y los códigos de conducta», *Diario de Mallorca*, 20 de diciembre de 2015. Los casos Contador, Marta Domínguez o Cheryshev nos enseñan que, como se dice en el diario *El Mundo* (10 de diciembre de 2015), la presunción de inocencia no existe para el deporte. Entiéndase que ni para el TAD español; no para el TAS ginebrino. Pero esta situación es, desde todo punto de vista difícilmente sostenible y dogmáticamente inexplicable. Como ha dicho el Tribunal Supremo (STS, Sala 2º, 501/2005, de 19 de abril) «la presunción de inocencia es el eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y, en definitiva, todo el funcionamiento del proceso penal». En resumen, a nuestro ver, desde un neogarantismo razonable, la dirección no debe ser otra más que, de conformidad con el principio *pro actione,* una extensión de la garantía de la tutela de la inocencia a todos los terrenos en que exista un enjuiciamiento o reproche, procedimental o procesal, privado, público, jurisdiccional o simplemente socio-institucional. La impropiamente denominada jurisdicción deportiva, como la de los partidos políticos, sociedades económicas o recreativas, no puede ser, ni constituirse, en zona franca o exenta de justiciabilidad

59. De cualquier modo, como ya apuntamos en «Sobre algunos vicios, remediables, del sistema español del jurado (de la hipermotivación a la minoración de la presunción de inocencia, pasando por el régimen "sui generis" de impugnaciones)». *Rev. Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 17, 2005, págs. 126-130, los cuatro aspectos de la presunción de inocencia no se nos ofrecen como tajantemente separados, sino que unos embeben a otros. Así, la regla de prueba comprende el llamado estándar Bard y la misma regla de prueba puede entenderse como regla sobre la carga de la prueba que, a su vez, subsume la regla de juicio. La primera se dirige a la parte. La segunda, al juez. Pero la regla de juicio, históricamente, trae el lastre de su potenciación en época fascista [vid. Micheli, G. M., *La carga de la prueba*, trad. Sentís Melendo, Bogotá, 1969 (1942), pág. 157], mientras que la regla sobre carga de la prueba acentúa el perfil liberal y democrático (cfr. Liebman, E. T., *Manual de Derecho Procesal Civil,* trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980, pág. 294).

pasivamente por una actuación de reproche, limitativa peyorativamente de sus derechos, potencial o actualmente sancionatoria, o que se base en una consideración desmerecedora de su conducta o proceder; 2) una regla jurídica: a) de tratamiento preprocesal y procesal; supone, a su vez, una prohibición de penar antes de la sentencia definitiva y otra prohibición de mostrar, de cualquier modo, al imputado o concernido como culpable; b) una regla probatoria, que controla y determina i) qué cantidad de prueba es precisa para desvirtuar la inocencia, ii) el grado de licitud, legalidad y validez de los medios de prueba aportados para desvirtuarla, iii) y, más importante, a quien incumbe probar, esto es, carga, dentro de la cual se puede embeber un estándar jurídico, como ha hecho el art. 533.1 CPP italiano, que es el del *beyond any reasonable doubt* (BARD). Noción esta, la de duda razonable, que, en la traslación a los Derechos del *civil law*, se nos presenta como un concepto jurídico indeterminado, pero que, el Código Penal Californiano, en su artículo 1096, define como la formación de una convicción inquebrantable o bien de una certeza aplastante respecto a la verdad de la acusación y a la culpabilidad del acusado.[60]

En razón de lo anterior, el estatuto del imputado, que se postula, con regulación *ad hoc*, debería contener preceptos relativos a: 1) calificación/denominación; 2) vicisitudes, situaciones del vinculado/concernido: meramente sospechoso, investigado, indiciado, imputado, cautelado/caucionado, procesado, acusado, condenado; 3) principios: inocencia, indemnidad razonable de la atribución punitiva, indemnidad de la garantía; 4) extensión (al ámbito punitivo, al ámbito civil, y a todo aquel de reproche, limitativo, etc.); 5) derechos; 6) obligaciones; 7) desvinculación de la sujeción al procedimiento; 8) medios de tutela civil, administrativa y procesal, previendo y configurando la posibilidad de utilizar medios de tutela urgentes, a semejanza del *referé* francés y de la tutela anticipatoria italo-iberoamericana. Todo ello no sería, pues, más que concreción de diversas líneas o vectores institucionales: a) principio de inocencia y estándares comunicantes, como el BARD y la formación de la convicción inquebrantable, esto es, más allá de toda duda razonable; b) derecho de defensa/derecho de información y derecho de no colaboración,[61] que llega hasta

---

60. Respecto a la presunción de inocencia, amplia bibliografía en LOZANO-HIGUERO PINTO, «Sobre algunos vicios, remediables,…», ob. cit., págs. 126-130. Posteriormente, PECORADO, E., *Le presunzione penale*, Milano, 2007, especialmente el capítulo IV. PAULESU, P. P., *La presunzione di non colpovolezza dell'imputato*, Torino, 2ª ed., 2009. GAITO, A., *La prova penale,* Torino, 2010, pág. 185, 406 y ss. (SANTORIELLO). Sobre el estándar BARD, ver *supra* nota 51 y los párrafos anteriores.

61. Como afirmamos en su día (cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisdiccionales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 2005, el derecho de no colaborar no es más que una reacción frente a la idea religioso-inquisitiva concretada en el *ius iurandum de veritate dicenda*, ligado a la tortura en el proceso penal, con el cual, antes de la Revolución Francesa, se intentaba constreñir al encausado a la confesión y frente a lo que surge en los países civilizados, como reacción, el derecho a no colaborar en el proceso penal, plasmado en los brocados *nemo tenetur se detegere, nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se —ipsum— prodere acusare*, *nemo tenetur armare adversarium suum, contra se*. Más ampliamente, sobre ello, vid. SCAPARONE, M., *Elementi di procedura penale. I principi constituzionali*, Milano, 1999, pág. 123, n. 42; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del impu-*

el derecho a la mendacidad, reconocido por nuestro TC (SSTC 129/1996, de 9 de junio, 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo; matizada por STC 142/2009, 15 de junio, FJ 3º);[62] derecho de información, acertadamente ampliado por la LO 13/2015, que aquí glosamos, trasponiendo directivas europeas. De este modo, se configura, con esta propuesta respecto al estatus del imputado, desde un neogarantismo razonable, como un entreverado de garantías integrantes de un debido proceso penal del siglo XXI.

Así pues, ni siquiera se ha rozado la orfebrería léxica, postulada por Carnelutti[63] en su concepción artística del Derecho y que hallaba su cenit en la interpretación jurídica; y sí se ha despeñado en la autosuficiente y magra prosa del legislador de 2015. Quizá bienintencionado pero, en sus rumbos léxicos, a nuestro ver, errado.

9. Conclusiones

1ª) Lenguaje y Derecho están inescindiblemente unidos, y sus requisitos y virtualidades están ligados a las consecuencias derivadas de su triple consideración: como arte, como técnica, como ciencia.

2ª) Lamentablemente, las exigencias derivadas de esa triple consideración, sobre todo en lo que se refiere a la ortodoxia léxica y gramatical, además de a la galanura literaria, se pierden cada vez más. Desde mediados del siglo pasado, se observa, en España, un descuido en la redacción gramatical y técnico-jurídica de las leyes, pudiendo decirse, parafraseando a Savigny, de

---

tado e íntima convicción del tribunal, Barcelona, 1984, págs. 89 y ss.; Ireland, G., «Obligatoriedad en la presentación de documentos por las partes —Estudio de Derecho Comparado», *Rev. Der. Proc. Argentina,* 1943, I, pág. 405; Couture, E. J., «Sobre el concepto nemo tenetur edere contra se», *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1979, II, pág. 129 y ss.; Corwin, E. S., *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* trad. LEAL, Buenos Aires, 1987, pág. 481, quien expresa que estos brocardos, origen de la cláusula sobre autoincriminación, fueron formulados en Inglaterra, a finales del siglo XVI, contra los métodos inquisitoriales de los Tribunales eclesiásticos.

Debemos señalar que preocupante novedad de la reforma, en este sentido, y que casa difícilmente con el derecho constitucional a no colaborar es el nuevo art. 520.6.c).II, que establece la obtención de muestras de ADN por imposición judicial, vía ejecución forzosa de tal diligencia, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad. Ciertamente, una prueba de frotis bucal supone una invasión mínima en la integridad corporal del detenido y su imposición judicial es una garantía ¿Pero aquí no se discute, en tema de derechos fundamentales, el huevo, sino el fuero? ¿No afecta al *nemo se detegere* su imposición forzosa? Otra cosa sería que, como en materias relativas a la investigación de paternidad, se puedan deducir argumentos de prueba, vía indicios, o consecuencias desfavorables para el sujeto pasivo de su negativa. Pero aquí se discute el principio, no el caso concreto ni su materialidad práctica. No la profundidad de la inmisión, sino el hecho de la mera inmisión en el derecho fundamental, aunque pueda parecer trivial o de baja intensidad.

62. Constituyendo el derecho de defensa, al mismo tiempo, una carga, como apuntan acertadamente Bettiol G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 7ª ed., Padova, 2000, pág. 161, cual se demuestra en la incumbencia probatoria al acusado/imputado/encausado de los hechos impeditivos y extintivos o excluyentes en la distribución de la carga probatoria expuesta *supra*

63. Vid. *Arte del Derecho*, Buenos Aires, 2006 (1948), pág. 51

la falta de vocación e incapacidad de nuestra época para la pulcritud y elegancia léxica y técnico-jurídica de nuestros legisladores.

3ª) La terminología jurídica cumple notables funciones: diferenciadora, definidora e identificadora, que repercuten en la calidad de las normas, en su aplicabilidad, inteligibilidad y cumplimiento práctico, dando seguridad jurídica a los justiciables y logrando hacer ciencia útil y alcanzar eficiencia jurídica.

4ª) Existen, últimamente, ejemplos de textos legislativos, en España, en que se han cometido verdaderos dislates respecto a la corrección terminológico-gramatical: L.E.Civ. de 2000; Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 2004; Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de 2007; Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, de 2015, etc.

5ª) La Reforma de 2015 de la LECrim, tan preocupada por el léxico y los supuestos efectos dañinos del *nomen iuris*, ha actuado en el mejor de los casos con ingenuidad, en cualquiera de ellos con escasa *fineza* y con resultados hueros. En efecto, con esa mera alteración del *nomen iuris* no ha añadido más garantías jurídicas de fondo al sujeto pasivo del proceso penal, inculcado al mismo mediante la *Einslassungszwang* que supone el *titulus attributionis* expresado en el nuevo artículo 118 LECrim, donde se sustituye el «impute» de la legislación originaria por «atribuya» de la nueva. Cuando el alcance semántico es el mismo y, en lo gramatical, sinónimos, pues imputar no es otra cosa que formular o realizar una atribución punitiva, peyorativa o de reproche. La alteración nominal no supone, pues, más que una trivialización del *titulus attributionis* que, llevada a sus últimas, y quizá debidas, consecuencias, nos conduciría a una logomaquia: imputado, recte atribuido (investigado, encausado), atribulado.

6ª) Mejor opción hubiera resultado la introducción de una Ley Orgánica ad hoc reguladora del estatuto del sujeto vinculado pasivamente al proceso penal que ordenase, sistemática y coherentemente, los particulares normativos concernientes a dicha figura y, en especial, su vinculación con el principio de inocencia. Problemática del límite máximo de duración de la instrucción en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.[64]

---

64. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «La prueba civil a examen: estudio de sus problemas y propuestas de mejora» (DER 2013-43636-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Consolidado «Derecho probatorio» (2014SGR438), reconocido por la Generalitat de Catalunya. El investigador principal de ambos proyectos es el prof. Dr. Joan Picó i Junoy.

La *(in)*definición del sujeto pasivo del proceso: las nuevas categorías de «investigado» y «encausado»[1]

Francisco Ortego Pérez
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La desnaturalización del término imputado y el reproche social de culpabilidad. 2.1. La asimilación de la imputación a una auténtica presunción de culpabilidad. 2.2. El tratamiento informativo de la imputación: juicios paralelos y «pena del telediario». 3. El cambio terminológico: de imputado a «investigado y encausado». 4. Epílogo.

1. Introducción

La reforma procesal penal de octubre de 2015 difiere notablemente de la aspiración inicial de promulgar un nuevo Código Procesal, que en sustitución de la decimonónica LECrim, tratase de ofrecer una respuesta adecuada a las exigencias que plantea la justicia penal en el siglo xxi. Salta a la vista que lo que se anunciaba como el gran cambio del proceso penal español, esto es, una auténtica reforma integral que había de comenzar incluso por el modelo mismo de enjuiciamiento, ha quedado finalmente reducido a una serie de reformas parciales mediante la promulgación conjunta de dos leyes: la L.O. 13/2015 y la Ley 41/2015, ambas de 5 de octubre.

1. El presente trabajo corresponde a mi intervención en las «*Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. I Memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez*», celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 26 y 27 de noviembre de 2015.

Sorprende el resultado final ya que es de sobra conocido el rechazo hacia el defectuoso método del parcheo legislativo, especialmente cuando se aplica sobre normas de la enjundia y la complejidad de las leyes de enjuiciamiento.[2] Sin embargo, a pesar de las conocidas prevenciones al respecto, la LECrim de 1882 se ha visto abocada a una enésima reforma que la deja ya difícilmente reconocible. Únase a ello las modificaciones introducidas a su vez por la L. O. 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal (que ha convertido el tradicional juicio de faltas en procedimiento por delitos leves), y por la Ley 4/2015, de 27 de abril, que regula el Estatuto de la Víctima del delito, para cerciorarse de la magnitud de los recientes cambios legislativos acaecidos en la ley decimonónica.

Tanto la L.O. 13/2015 como la Ley 41/2015 articulan una reforma que si bien es importante en consideración a las diversas instituciones afectadas se antoja claramente insuficiente en algunos casos, tal como sucede con el que merece la atención de estas líneas.

En síntesis, además del afán por agilizar la instrucción y con ello la tramitación de las causas penales, dichas normas se ocupan básicamente de adecuar ciertas materias cuya regulación resultaba necesaria e inaplazable por más tiempo (intervención del derecho al secreto de las comunicaciones con novedosas medidas de investigación tecnológica, doble instancia penal), junto con la regulación novedosa de otras (procedimientos por aceptación de decreto, de decomiso autónomo) y otras ya clásicas desde el punto de vista de las garantías procesales, como es el reforzamiento del derecho de defensa con motivo de la transposición de la Directiva 2013/48/UE de 22 de octubre, del Parlamento y del Consejo de Europa.

A su vez, la reforma introduce una innovación semántica respecto a la denominación y estatus del sujeto pasivo del proceso, pretendiendo erradicar de este modo el desvalor socio-jurídico que la categoría de imputado ha venido comportando, especialmente en los últimos tiempos. No obstante, aunque se afirme que en el nuevo léxico subyace una encomiable finalidad garantista, cuesta creer que en realidad se trate de una verdadera reforma «*in melius*».

2. No hay más que mirarse en el espejo de la reforma procesal civil que concluyó con la promulgación de la actual LEC 1/2000, en cuya Exposición de Motivos se critica abiertamente el «*agotamiento del método de las reformas parciales*» (apartado III).

2. La desnaturalización del término imputado y el reproche social de culpabilidad

2.1. La asimilación de la imputación a una auténtica presunción de culpabilidad

La reforma comporta una disociación conceptual respecto a la tradicional figura del imputado, de manera que el sujeto pasivo pasa ahora a denominarse investigado o encausado en función de distintos momentos procesales en los que se encuentre. Así lo explica el Preámbulo de la L.O. 13/2015 cuando refiere expresamente que uno de los objetivos de esta reforma consiste en «*adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales*», pues bien es verdad que la imputación ha llegado a ser considerada como una especie de palabra maldita,[3] ya que a menudo se ha empleado con una ligereza que no se corresponde con su auténtica significación procesal. No yerra en ese sentido el preámbulo, pues lo cierto es que se ha ido produciendo una deformación tan intensa de lo que significa la imputación judicial, que con frecuencia la condición de imputado ha terminado por identificarse con un juicio anticipado de culpabilidad, anomalía manifiestamente incompatible con el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Paradójicamente, uno de los mayores logros de la LECrim en el momento de su promulgación fue el de reforzar el estatus del sujeto pasivo del proceso mediante el reconocimiento del derecho de defensa como garantía frente a la imputación formal. Conviene recordar que el estatuto de «procesado» estaba diseñado con suma nitidez en la regulación inicial de la LECrim, hasta el punto de dotarle de un «marco de garantías procesales»[4] inherente a la plenitud de su condición de parte en la instrucción.[5] De ahí que sin perjuicio de la carga negativa que comporta en el proceso acusatorio cualquier acto de imputación, la atribución del estatus de imputado tiene como finalidad básica la de garantizar la defensa, además de delimitar objetivamente el ámbito de la investigación para impedir una *inquisitio generalis* sobre la persona investigada.[6]

Sin embargo, la asunción del estatus de imputado terminó por convertirse en una pesada losa, ya que la persona designada judicialmente como tal debía

---

3. DELGADO TRUYOLS, A., *La imputación judicial: su significado real, inconvenientes y reforma proyectada*, El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 49, mayo-junio 2013, págs. 48 a 51.

4. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Actualidad del auto de procesamiento*, La Llei de Catalunya i Balears, 1991-1, pág. 788.

5. GIMENO SENDRA, V., *El auto de procesamiento*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1979, núm. 3, pág. 314.

6. Vid. ORTEGO PÉREZ, F., *El encausado en la proyectada reforma procesal penal*, IURIS, Actualidad y Práctica del Derecho, núm. 202, noviembre 2013, págs.12 a 15.

soportar lo que la jurisprudencia del T.S. denominó de forma muy certera como «efecto estigmatizador».

Incluso en los primeros instantes de la investigación ese estigma puede resultar ya evidente, pues la comparecencia ante un Juzgado en calidad de imputado o el anuncio mismo de la imputación suponen de por sí una fuerte dosis de negatividad, que se ve notablemente incrementada según determinadas las personas y los casos concretos. Con razón se afirma que los problemas principales que plantea el binomio imputación-imputado no se limitan sólo a un estigma nominal, sino que ocasionan un estigma mayor *aún* en el terreno de las garantías, circunstancia que ha movido al legislador a tratar de huir de la maldición que produce la imprecisión técnica del concepto, ya que en nuestro Derecho positivo el concepto de imputado se ha asemejado al de un espectro que vaga en la ley procesal penal en busca de una norma que lo defina y lo concrete de una vez por todas.[7]

A pesar de tan notable carencia es pacífico referirse al imputado como aquel sujeto a quien se le atribuye judicialmente con un mínimo fundamento la comisión de unos hechos que revisten caracteres de delito,[8] definición de carácter genérico que comprende tanto la imputación material (aquellos actos que presuponen *prima facie* la consideración de una persona como sospechosa o responsable del hecho punible), como la imputación formal (cuando el Juez de instrucción dirige el proceso contra una persona al «formalizar» los cargos existentes en su contra).[9]

Sin embargo, la imprecisión conceptual en esta materia ha sido una constante, como demuestra el hecho de que hasta la reforma de 2015 la LECrim se caracterizase por el empleo de una gran profusión terminológica para nombrar al sujeto pasivo en distintos estadios procesales. Expresiones tales como *querellado* (art. 272), *sospechoso* (363), *inculpado* (368), *procesado* (384), *imputado* (505.2), *presunto reo* (512), o *acusado* (687), han favorecido en buena medida esa sesgada asimilación social entre quien momentáneamente tan solo era objeto de imputación y quien en rigor ostenta ya en el proceso la condición de acusado, una vez abierto el juicio oral y formalizada la acción penal en el escrito de acusación.

---

7. Así Lozano-Higuero Pinto, M., en el prólogo a la obra de Arenedo Renal, A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007, págs. 23 a 31.

8. Serra Domínguez, M., voz *Imputado*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix Editor, Barcelona, t. XII, 1965, pág. 88. Armengot Vilaplana, A., *El imputado en el proceso penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 183-184 y 202-203.

9. Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 8ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 241.

La reforma de 2015 incrementa el léxico jurídico al aportar los nuevos conceptos de *investigado* y *encausado* a la ya de por sí amplísima terminología procesal, aunque sería erróneo pensar que la causa de la desmedida equiparación entre *imputado* y *acusado* se hallara únicamente en la pluralidad conceptual de la LECrim. Además, parece obvio que no se precisa informe alguno de la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico —al que se refiere el Preámbulo de la L.O. 13/2015— para tomar conciencia de las connotaciones negativas que acarrea no ya el término imputado, sino la propia imputación. No hace falta mucha sagacidad para advertir que cuando sobre una determinada persona recae la sospecha judicial de la comisión de un delito esos efectos negativos se producen en mayor o menor medida.

2.2. El tratamiento informativo de la imputación: juicios paralelos y «*pena del telediario*»

Una de las principales causas generadoras de ese estigma se encuentra en los devastadores efectos que producen los juicios paralelos en el tratamiento informativo de determinadas imputaciones. Téngase en cuenta que a los efectos del derecho a la información ni todas las imputaciones suscitan idéntico interés ni tampoco todas producen idéntico nivel de perjuicio en las personas sujetas a investigación judicial.

Lo que en realidad significa la imputación judicial es la aparente verosimilitud de que una determinada persona haya podido cometer el ilícito penal que interinamente se le atribuye, aunque a menudo la imputación ha terminado por convertirse en una condena social anticipada capaz de generar un perjuicio difícilmente reversible, pues mientras que ciertas imputaciones ocupan portadas de prensa e informativos los sobreseimientos y las absoluciones pasan mucho más desapercibidos.[10]

Aun tratándose de un factor extraprocesal tampoco debe pasarse por alto que en la mayoría de las ocasiones los juicios paralelos vienen amplificados por la permeabilidad informativa de la fase de instrucción, habida cuenta de la sorprendente facilidad con la que se filtran o comunican determinados datos al exterior. En la práctica se trata de uno de los defectos más acusados de la instrucción, tal como señalara en su día SERRA DOMÍNGUEZ

10. FUSTER-FABRA TORRELLAS, J.Mª, *Presunción de inocencia*, LA RAZÓN (Sección *El foro y el fuero*, edición Cataluña,), 14 de abril de 2009, pág. 39. ORTEGO PÉREZ, F., *De los delitos, de ciertas «penas»… y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)*, La Ley, diario núm. 7346, de 19 de febrero de 2010, pág. 3. ROCA JUNYENT., M., *Mejor para todos*, LA VANGUARDIA, 12 de febrero de 2013, pág. 28.

mediante el conocido chascarrillo forense de que «*el sumario tan sólo es secreto para el Juez*».[11]

Lamentablemente los ejemplos de filtraciones sumariales interesadas serían tan numerosos que aquella mordaz afirmación se mantiene hoy de plena actualidad, como demuestra que en fechas no muy lejanas tanto el Presidente del Gobierno como el Ministro de Justicia denunciaran que la publicidad de sumarios judiciales ocasiona un constante «martilleo» para algunos imputados,[12] lo cual es especialmente significativo cuando se produce en aquellas causas protegidas por el secreto de las actuaciones.

Obviamente no puede disociarse la deformación sufrida por el término «imputado» de este creciente fenómeno, que recuerda en cierto modo a aquella fuerte corriente crítica que aproximó en otra época al auto de procesamiento con una presunción de culpabilidad.[13]

Ahora bien, en momentos en los que se tiende a un incremento del garantismo procesal resulta contradictorio comprobar la frecuencia con la que se asiste a modernos linchamientos mediáticos, en los que salvando las distancias, los imputados son tratados muchas veces como aquellos reos del medievo a los que se sometía a escarnio haciéndoles portar sambenito y capirote en su camino hacia el cadalso.

Esa circunstancia se produce por obra y gracia de los *mass media* pero no es culpa en su totalidad de la LECrim, aunque tampoco el legislador se había preocupado realmente por mitigar esos terribles efectos a pesar de sus múltiples reformas. Téngase en cuenta que por regla general los medios de comunicación no son observadores neutrales del hecho noticiable, por lo que la presentación mediática de una información criminal suele venir acompañada de elementos ideológicos que inciden básicamente en las ideas de la defensa social y de la seguridad en detrimento de las garantías individuales del investigado o

---

11. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario*, en «Estudios de Derecho Procesal», Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 732.

12. EL PAÍS (edición web), 2 de junio de 2015, en la noticia intitulada «El PP cambia la Ley para evitar imágenes como el arresto de Rato». http://politica.elpais.com/politica/2015/06/02/actualidad/1433257856_462858.html

13. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., *El procesamiento: su significación actual*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 24, sept.-dic. de 1975, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 1159 a 1164. RUÍZ GUTIÉRREZ, U., *El auto de procesamiento debe desaparecer*, en «Estudios procesales en memoria de Carlos Viada», Madrid, 1965, págs. 473-483. De forma más reciente, NIEVA FENOLL, J., considera que el hecho de dictarlo en los instantes finales de la instrucción lo acaba convirtiendo en una auténtica acusación de oficio. Vid. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Buenos Aires, 2012, pág. 151.

«imputado», lo que origina ese sistemático desprecio hacia la presunción de inocencia patente en un buen número de informaciones.[14]

La comparación no resulta en absoluto exagerada si se comprueba cómo se practican y hasta cómo se televisan ciertas detenciones, traslados de detenidos, se realizan registros, o se publican transcripciones de escuchas telefónicas u otros datos privados de los sujetos investigados en sumarios declarados secretos,[15] circunstancias que propician esa nueva modalidad de populismo punitivo conocida como *pena del telediario.*[16]

Se trata de una funesta situación que la reciente reforma trata de resolver mediante la modificación del art. 520 LECrim, de manera que, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *la detención* y la prisión provisional sean respetuosas *con la dignidad humana y que no constituyan un gravamen mayor que el que de por sí ya implican,* por lo que se impone a quienes acuerden dichas medidas así como a los encargados de practicarlas que velen por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de los detenidos con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.[17]

Aunque son plausibles en este sentido los buenos propósitos del legislador, parece que solo ha tomado verdadera conciencia cuando han sido miembros de la clase política los protagonistas del desfile mediático ante los Juzgados de Instrucción.[18]

En la desnaturalización del término imputado también han influido ciertos excesos prácticos cometidos durante la fase de investigación, situación que se ha visto especialmente agravada en los últimos años de crisis económica por los numerosos casos de corrupción política y empresarial de los que con demasiada frecuencia se ha tenido noticia.[19]

---

14. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos*, en «Problemas actuales de la Justicia Penal», (Dir. J. Picó i Junoy), J.M. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 69 y 70.

15. HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SÁIZ ARNÁIZ, A., *La inversión de valores en la justicia*, EL PAÍS, 10 de noviembre de 2009.

16. ORTEGO PÉREZ, F., *De los delitos, de ciertas «penas»… y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)*, ob. cit., págs. 3-4.

17. Vid. la nueva redacción del art. 520. 1 LECrim y el apartado III del Preámbulo de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

18. En parecidos términos RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014, pág. 20.

19. Basta recordar las imágenes de la detención del ex ministro y director del Fondo Monetario Internacional, Rodrigo Rato, o las ya algo más lejanas del *caso Pretoria*, en las que un ex consejero de la Generalitat de Cataluña subía al furgón policial esposado y con sus pertenencias en una bolsa de basura. Por no hablar del tratamiento informativo dado al caso del pederasta del distrito de Ciudad Lineal en Madrid, especialmente polémico dada la sensibilidad social que producía la gravedad de los delitos cometidos. Al anunciarse la detención del sospechoso, sin las mínimas cautelas y respeto hacia lo que representa el derecho a la presunción de inocencia el sujeto fue presentado ya públicamente como el «enemigo público número uno» y el «monstruo de Ciudad Lineal», sin reparar en la gravedad que hubiera

Se olvida con inusitada facilidad que en la justicia penal deben extremarse las garantías, y de ahí que con independencia de la gravedad de la imputación recaída contra una persona sea necesario desterrar esa arraigada asimilación social entre imputado y acusado. Más allá de su peyorativa significación para quien deba soportarla, la imputación judicial no prejuzga, sino que posibilita la defensa contra la misma.

Otra cosa bien distinta es el prejuicio de carácter social. Parece ciertamente difícil llegar a alcanzar una situación de «*indemnidad de la imputación*»,[20] expresión que se refiere a la búsqueda de un cierto equilibrio entre sus dos caras, esto es, entre el perjuicio que acarrea el sometimiento al proceso como parte pasiva y el consiguiente estatuto garantista atribuido mediante la posibilidad de defenderse.

3. El cambio terminológico: de imputado a «investigado y encausado»

Considerando las anteriores premisas no es extraño que cada anunciado intento de reforma de la LECrim abogara por una definición del estatus de imputado, que obviamente tendría que venir acompañada de un conjunto de medidas eficaces con las que paliar la negativa connotación que posee dicha condición procesal. Con ello no sólo se trata de combatir el estigma nominal, sino principalmente el desvalor jurídico hacia ciertos derechos del sujeto pasivo.

Un somero análisis del Derecho comparado ilustra acerca de un panorama bien distinto al de nuestro ordenamiento procesal. Así, el art. 157 de la *St.PO* alemana ofrece un concepto tanto del imputado como del acusado; el *Código de Processo Penal* portugués de 1987 define en su art. 57 la «*qualidade de arguido*» para posteriormente regular el estatuto defensivo que corresponde a dicha posición procesal, y el art. 60 del *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988, bajo el título «*assunzione della qualità di imputato*», vincula dicha condición a la persona a quien le sea atribuido judicialmente el delito.

Al adolecer la LECrim de una norma similar a las mencionadas se ha tratado de definir la posición del sujeto pasivo.

Desde el ya lejano *Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia* de mayo de 2001, entre cuyos principios se encontraba la elaboración de una nueva ley que

---

podido deparar un hipotético equívoco policial en la persona del detenido. No hay más que repasar los titulares de prensa de aquellos días para encontrar estos y otros calificativos similares.

20. Lozano-Higuero Pinto, M., cit., pág. 28.

abordara «*la delimitación precisa*» de las categorías de «*imputado, acusado y condenado durante el proceso*» (núm. 17, f), o el conocido como *anteproyecto Caamaño*, presentado en Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011, y en el que la figura del sujeto pasivo pasaba a denominarse «investigado» en lugar del tradicional imputado (lo que pedagógicamente trató de explicarse a la ciudadanía mediante una nota de prensa del Ministerio de Justicia en la que se recordaba la obviedad de que «*investigar no es acusar*»),[21] hasta el más reciente borrador de *Código Procesal Penal* presentado por el Ministerio el 25 febrero de 2013 y que optaba por el término «encausado» (art. 46) como fórmula magistral para atajar el deterioro de la presunción de inocencia.

En la Exposición de Motivos del citado borrador de *Código Procesal Penal* de 2013 podía leerse que la persona física o jurídica a quien se atribuyese el hecho punible pasaría a denominarse «encausado», justificando el cambio terminológico en que así «*se pretende evitar el estigma social que acompaña al término imputado*». Una expresión ésta —aseguraba, «*de mayor neutralidad, pero suficientemente significativa de la posición del sujeto pasivo dentro del proceso*», y que remarca «*una cualidad esencial definitoria del status de parte pasivamente legitimada, de la que nace, entre otros, el derecho fundamental a la defensa*». Sin embargo, el texto articulado ofrecía luego una definición vaga e imprecisa de dicha cualidad procesal.[22]

Ahora la L.O. 13/2015 consuma la sustitución del término «imputado» por una especie de síntesis resultante entre aquellos dos proyectos *no natos*, de los que toma las categorías de «investigado», denominación específica en la primera fase procesal, y de «encausado», cuando se formaliza judicialmente la imputación una vez concluida la instrucción. No obstante, tampoco ofrece en norma alguna una definición precisa de ambos conceptos, más allá de las escuetas explicaciones del Preámbulo, carentes además de valor normativo.

Hasta aquí *nihil novum sub sole*, pues aunque nace con el loable propósito de reforzar la idea de que investigar no es acusar, esta nueva dualidad conceptual recuerda a la antigua distinción que hacía la LECrim entre las categorías de imputado y procesado tras la reforma del art. 118 por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre.

---

21. Con el impreciso titular «*El Gobierno aprueba el proceso penal de la democracia*», Ministerio de Justicia, Gabinete de comunicación, Nota de Prensa, 22 de julio de 2011, pág. 4. Aquel Anteproyecto de LECrim reforzaba la presunción de inocencia (art. 32) y el derecho de defensa de la persona investigada (art. 33).

22. El art. 46 del *borrador de Código Procesal Penal* de 2013, bajo el título «*Sujetos encausados*» establecía que se entendería como tales a «*todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley y sean investigados o encausado en el proceso penal*». Ni que decir tiene que la referencia final a «investigados o encausado» no arrojaba ninguna luz para entender mejor el estatus procesal del sujeto pasivo.

Por otra parte no deja de resultar sorprendente que a pesar de haberse denunciado de forma reiterada la profusión conceptual de la LECrim para referirse a una misma realidad los nuevos términos coexistan aún con los de procesado (art. 384 LECrim) e imputado (arts. 123, 125, 126, 416, 505…).

En este aspecto es una reforma inacabada, pues las referencias a la imputación y al procesamiento no han desaparecido en su totalidad del articulado de la LECrim, como demuestra que el art. 486 sigua disponiendo que la persona «*a quien se impute un acto punible*» deberá ser citada para ser oída, lo que propicia una inequívoca identificación entre el «imputado» y el nuevo concepto de «investigado». Tampoco ayuda la nueva redacción del art. 118 LECrim por mucho que haya tratado de suavizarse su texto al sustituir «*persona a quien se impute un acto punible*» por «*persona a quien se atribuya un hecho punible*».

El Preámbulo de la L.O. 13/2015 justifica esta coexistencia conceptual señalando que la mera sustitución de términos «*no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra*», de modo que se mantienen los de «acusado» y «procesado», «*que podrán ser empleados de forma indistinta al de "encausado" en las fases oportunas*».

Escasa practicidad parece para combatir de este modo el estigma que rodea a la figura del sujeto pasivo durante la primera fase del proceso penal, llámesele «imputado» o «investigado». El reproche jurídico-social que conlleva la imputación lo explicó de forma magistral CARNELUTTI al referirse a la «*penosidad*» del proceso, pues aun siendo éste el instrumento necesario para juzgar siempre supone un alto coste para quien debe soportarlo, ya que el proceso penal está construido de tal manera que implica un sufrimiento a las personas para saber si son culpables o inocentes.[23]

Sin embargo, esa misma idea ya la plasmó mucho antes la E. de M de la LECrim cuando alude a quien «*tenga la inmensa desgracia de verse sometido a un procedimiento criminal*», y que con posterioridad ha reflejado la jurisprudencia al hablar del «*efecto estigmatizador de la imputación*» (ATS de 14 de noviembre de 1996, [R. J. 1997/7828], dictado en la Causa Especial núm. 2539/1995 conocida como «*caso de los GAL*» o «*caso Marey*»). En dicho Auto el Tribunal Supremo señala expresamente que «*la condición de imputado en un proceso penal no conlleva únicamente ventajas, sino tam-*

23. CARNELUTTI, F., «Las miserias del proceso penal» (trad. de S. Sentís Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1959, pág. 75. *Observaciones sobre la imputación penal*, en «Cuestiones sobre el proceso penal», (trad. de S. Sentís Melendo), vol. I., EJEA, Buenos Aires, 1961, pág. 139. «Lecciones sobre el proceso penal», (trad. de S. Sentís Melendo), vol. I., EJEA, Buenos Aires, 1950, pág. 72.

bién una serie de cargas o efectos negativos, tanto procesales como extraprocesales», motivo por el que la doctrina constitucional recuerda «*que dicha condición no se atribuye automáticamente, en virtud de cualquier imputación de parte más o menos fundada, sino que requiere un control jurisdiccional*» [F. J. 1º].

4. Epílogo

Para concluir estas breves reflexiones sobre la imputación penal y la *(in)* definición del sujeto pasivo convendría no pasar por alto que según el diccionario de la R.A.E. «imputar», significa «*atribuir a otro algún acto, delito o culpa*», lo que posee una connotación tan negativa como la que a buen seguro pronto comportarán las nuevas categorías de investigado y encausado, a quienes no tardará en identificarse con la figura de un potencial culpable.

En realidad el grado de sospecha o nivel indiciario que precede y sustenta cualquier acto de imputación penal propicia que los efectos sociales antes aludidos aparezcan como «inevitables».[24] Si la propia evidencia de una sospecha[25] en torno a una persona basta para que surja socialmente un sentimiento de prevención, recelo o culpa en contra de aquélla, se comprenderán fácilmente los aspectos dañosos del binomio imputación-imputado. Por este motivo considero que la mera sustitución de un término por otro es irrelevante además de insuficiente para remediar los consabidos problemas inherentes a la imputación.

Aunque necesaria, la definición precisa de lo que significa ser investigado o encausado no pasaría por tener más que un efecto didáctico, por lo que cualquier intento de aclaración conceptual ha de reforzarse con medidas de otra índole para erradicar o mitigar perjuicios tan intensos como los ya comentados.

En este sentido se echan en falta una serie de medidas de protección al investigado o encausado como las que sí que preveía en cambio el borrador de Código Procesal Penal de 2013. Eran medidas destinadas a evitar o minimizar los perjuicios producidos por un exceso de celo informativo en el transcurso de la etapa de investigación, pues aunque se contemplaba ex-

---

24. Según la expresión utilizada por PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L. con relación a los efectos negativos que atribuía al procesamiento. «Derecho procesal penal», (con GUTÍERREZ DE CABIEDES, E.), Manuales Universitarios Españoles, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 295.

25. No la simple sospecha policial o extraprocesal, sino la que supone el anticipo mismo de la imputación, pues es preciso recordar que cuando el Juez de instrucción sospeche fundadamente de una persona debe citarla a declarar como imputado. Vid. en idéntico sentido ARENEDO RENAL, A., «Problemas del imputado en el proceso penal», Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007, pág. 206.

presamente la presencia de los medios de comunicación se establecía la prohibición de revelar fuera del proceso cualquier información sobre hechos relevantes para la causa y el cese de la difusión informativa cuando pudieran ponerse en riesgo determinados derechos del «investigado».[26]

26. Además de regular la presencia de los medios de comunicación en el proceso (art. 131), para impedir la fuga informativa dicho borrador contemplaba que fuese un órgano judicial (el Tribunal de Garantías, dado que confería la investigación al Fiscal), quien pudiera ordenar el cese de la difusión cuando ésta comprometiera el derecho a un proceso justo o los derechos fundamentales de los afectados (art. 132), si bien la Fiscalía podría proporcionar información sobre la marcha de aquellos procesos de interés público en curso, salvo de los declarados secretos (art. 134).

El significado real de los términos imputado e investigado

Luis Batlló Buxó-Dulce
Abogado
Profesor Colaborador U.B.

Señala la Exposición de Motivos de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre que la modificación de los términos imputado por investigado y acusado por encausado se fundamenta en la adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales (sic).

A partir de esta premisa, se argumenta que deben eliminarse «*determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible*».

A partir de estos argumentos, podemos señalar cuatro razones por las que no estamos de acuerdo con dicha conclusión.

1. En primer lugar, a nadie se le escapa que la verdadera razón para anular el término imputado de nuestra vieja LECrim radica en las connotaciones peyorativas que tiene la misma. Es cierto que la Exposición de Motivos también hace alusión a este motivo, pero la realidad es que este es —en nuestra opinión— el único objetivo real del cambio, debido a la multitud de casos de corrupción en los que se han visto envueltos un gran número de políticos de nuestro país.

Sin embargo, la estigmatización del imputado no viene por el término utilizado sino por lo que significa estar incurso en un procedimiento penal.

En definitiva, la connotación negativa es inherente a cualquier persona contra la que se dirige un proceso penal y el problema quizás está en la persona, no en el término. Podríamos poner otros ejemplos, «interno» en lugar de preso o «paciente» en lugar de enfermo, pero la realidad es la que es.

2. Por otro lado, resulta chocante que la Exposición de Motivos de la referida Ley señale que se convocó a la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, en busca de una expresión más adecuada. Sin conocer quién podía formar parte de dicha Comisión, lo cierto es que el Diccionario de la Real Academia Española define imputado así: «*Dicho de una persona: Contra quien se dirige un proceso penal*». Por lo tanto, era del todo punto apropiada la expresión imputado, pues nadie duda que imputada es la persona contra la que se dirige un proceso penal. Otra cosa sería recalcar, por todos los medios posibles, que ese imputado goza de la presunción de inocencia, pero eso no es misión de la LECrim sino de los medios de comunicación.

Incluso el término «investigado» puede ser más peyorativo ya que, también según la RAE, investigado es la persona a la que se investiga e investigar significa nada menos que «*aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente*», lo cual expresa mucho más que el término imputado, pues pone en tela de juicio (y nunca mejor dicho) la legalidad en el actuar de una persona.

3. Siguiendo con la voluntad de ser puristas en el lenguaje, que es lo que debería buscar el legislador, resulta además que quien realiza una investigación no es tanto el Juez Instructor sino la policía. Es a partir de que la policía envía el atestado al Juez, cuando empieza la instrucción de la causa, definiéndose la instrucción, otra vez según la RAE, como el «*curso que sigue un proceso que se está formando*», siendo el Juez Instructor no tanto un investigador sino el garante de que, durante el proceso, se cumplan todos esos derechos inherentes al mismo, recogidos de forma global en el artículo 24 de la Constitución.

4. Por último, el ejercicio de la acusación particular, y el derecho a ejercerla, se contradice con la pretendida moderación del término (investigado en lugar de imputado) pues a nadie se le escapa que la acusación particular realiza una verdadera imputación de hechos, con una voluntad clara de formular acusación cuando le llegue el momento. Esto es así en la inmensa mayoría de los casos. Quizás el Ministerio Fiscal, si no ha sido él quien interpone la denuncia, puede considerar a la persona incursa en la fase de instrucción de un proceso penal como un mero investigado pero, desde luego, la acusación particular no. Y lo que considero pacífico es que no vamos a utilizar un término diferente según la parte del proceso de la que hablemos (acusación particular o pública).

En conclusión, y por aquella razón última de que no hay que tocar lo ya que funciona, considero —siempre ateniéndonos al lenguaje —que el término imputado era más perfecto y el término investigado es un mero eufemismo, otro más de los utilizados en nuestros días.

La reforma de la denominación y derechos del imputado en la LO 13/2015, de 5 octubre

Alexandre Girbau Coll
Profesor de Derecho Procesal de la U.B
Abogado

SUMARIO: 1. La denominación «imputado». 1.1. Razones por las que resulta inaceptable eliminar de la LECrim la denominación «imputado». 1.2. Motivos para mantener la denominación «imputado» y restituirla a la LECrim. 1.3. Reforma necesaria para evitar la estigmatización del sujeto pasivo del proceso penal durante la fase de instrucción. 2. Los nuevos derechos y garantías del imputado no incomunicado. 2.1. La ampliación de los derechos del imputado del art. 118 LECrim. 2.2. La ampliación de los derechos del detenido del art. 520 LECrim.

1. La denominación «imputado»

En el apartado V de la exposición de motivos se dice que «La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la LECRIM a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado… A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal.»

¿¿¿Cómo se atreven???

1.1. Razones por las que resulta inaceptable eliminar de la LECrim la denominación «imputado»

Resulta vergonzoso e inaceptable que una Ley Orgánica tenga por objeto adaptar el lenguaje de la LECrim a los tiempos actuales, lo cual resulta que es mentira y, más aún, que lo haga tan mal, por las siguientes razones:

1ª. Es un insulto a la doctrina procesalista, a la jurisprudencia y a los profesionales del proceso penal afirmar que la expresión legal «imputado» carece de rigor conceptual, cuando ese concepto de origen doctrinal es el resultado del trabajo de investigación sucesivamente de los grandes procesalistas de cada época y de todos los países de nuestro entorno y, precisamente por ello, fue introducido en nuestra LECrim en 1978, el mismo día de aprobarse la Constitución Española, como un adelantamiento de las garantías del derecho de defensa al primer momento en que «se impute un acto punible a una persona» (art. 118.1 LECrim anterior al 1.11.2015), evitando así tener que esperar al procesamiento para permitir el ejercicio del derecho de defensa (384 LECrim).
Algunos de los más antiguos y por orden cronológico: FINZI, *El imputado… visto desde lejos* (Necesidad de aproximarse al imputado), en Revista de Derecho procesal argentina, t.I, **1943**; VÉLEZ MARICONDE, *La situación jurídica del imputado*, en «Revista de Derecho procesal argentina», **1943**; GEMELLI, *Indagine sulla personalità dell'imputato nell'instrutoria*, en «Jus, Rivista di Scienze giuridiche», Milán, **1953**; FENECH NAVARRO, *Aspetti del proceso penale spagnuolo*, en «Jus, Rivista di Scienze giuridiche», Milán, **1954**, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Barcelona, 1960, t.1 y en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962; t.1; FOSCHINI, *L'imputato. Studi*, Milán, **1956**; MUÑOZ ROJAS, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, **1958**, CARNELUTTI, *Observaciones sobre la imputación penal*, en «Cuestiones sobre el proceso penal», trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961; y SERRA DOMINGUEZ, *El imputado*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, **1969**, a quien hemos seguido en este punto todos los integrantes de la denominada Escuela Barcelonesa de Derecho Procesal hasta la actualidad.

2ª. Objetivamente, la denominación «imputado» para el sujeto pasivo del proceso penal desde el primer momento en que a alguien «se le impute un acto punible» (art. 118.1 LECrim antes del 1.11.2015) o en que «se le atribuya un hecho punible» (art. 118.1 LECrim a partir del 1.11.2015) resulta inofensiva y carece de connotaciones negativas y estigmatizadoras, limitándose a indicar que se atribuye o imputa participación en un hecho o acto aparentemente punible.

3ª. Si al legislador y a la comisión para la claridad del lenguaje jurídico realmente le interesara «adaptar el lenguaje de la LECRIM a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual», debería haberse eliminado otros vocablos con los que la LECrim denomina indiscriminadamente al sujeto pasivo del proceso sin rigor conceptual ni razón algunos, incluso en fase de instrucción, y con las «connotaciones negativas y estigmatizadoras» que realmente no tiene la expresión «imputado».

En efecto, al legislador se le ha olvidado que la LECrim todavía denomina «**delincuente**» al sujeto pasivo de la instrucción penal en 13 preceptos (13, 261, 273, 278.2, 281.2, 299, 368, 421, 422, 490, 553, 771, 795), «**reo**» en 12 (2, 15.2, 16, 175, 284.3, 334, 448, 468, 495, 512, 824, 834), «culpable» en 9 (11, 25.3, 115, 215, 273, 277, 309, 366, 371), «**inculpado**» en 7 (303, 309bis.1, 368, 448, 528, 544bis.1, 707) y «**procesado**» en la friolera de 141 preceptos y en la rúbrica de algunos títulos y capítulos (19, 38, 58, 142, 164, 215, 240, 252, 255, 256, 333, 336, 350, 351, 356, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 386, 389, 390, 391, 392, 393, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 405, 406, 407, 408, 409, 416, 436, 448, 449, 451, 452, 455, 466, 469, 471, 476, 490, 492, 493, 497, 501, 513, 515, 528, 529bis, 531, 532, 533, 537, 540, 541, 542, 543, 546, 567, 573, 575, 585, 587, 597, 598, 600, 612, 623, 627, 629, 634, 637, 638, 649, 650, 652, 655, 661, 664, 675, 681, 689, 690, 691, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 713, 729, 731, 733, 734, 736, 739, 740, 741, 742, 746, 750, 751, 752, 754, 810, 821, 824, 828, 831, 834, 835, 836, 837, 841, 842, 844, 850, 861bis.b, 881, 900, 903, 983).

La utilización arbitraria del término «procesado» deriva de la época anterior a la introducción del término imputado en 1978, cuando al sujeto pasivo del proceso penal no se le comunicaba su condición de tal ni, por lo tanto, tampoco se le permitía defenderse hasta que se hubiera dictado y notificado el «auto de procesamiento» previsto únicamente para la fase de instrucción del procedimiento ordinario (sumario) en el art. 384 LECrim, único precepto donde se utiliza con sentido la denominación «procesado». Y al legislador de octubre 2015 no le ha pasado inadvertido que tal expresión debe tener «connotaciones negativas y estigmatizadoras», lo que le ha llevado a sustituirla por la de «investigado» en el art. 579 LECrim, pero a la «Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico» convocada al efecto, le ha pasado inadvertidos los otros 141 preceptos en que dicha expresión se utiliza, y además, de un modo inapropiado. Es decir, en esos otros 141 preceptos, la persona a la que se denomina «procesado» es aquella a quien se permite defenderse desde el mismo primer momento en que se le comunica que se le atribuye o imputa participación en un acto o hecho supuestamente punible *ex* art. 118 LECrim, sencillamente porque al legislador, en 1978, se le olvidó actualizar esos 142 (incluyendo

el 579) preceptos cuando debió sustituir la expresión «procesado» por la de «imputado».

4ª. En el inesperado e indeseado supuesto de resultar necesario sustituir el término «imputado» por otro, para despojarlo de las supuestas connotaciones negativas y estigmatizadoras parece que «encausado» no sería lo más adecuado. Quizás si se hiciera una encuesta, consulta popular o referéndum, no serían mayoría quienes prefirieran ser llamados encausado.

5ª. Aunque soy partidario de mantener la expresión imputado en la LECrim, si resulta inevitable eliminarla, también debería sustituirse en el resto de fuentes del derecho procesal, como la LOTJ (arts. 24 y 25) y en los 9 artículos de la LECrim donde al legislador y a la «Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico» se les ha olvidado sustituirlo por investigado o encausado (123, 124, 125, 126, 334.3, 416.3, 505.3,2, 731bis, 839bis.3) en la LO 13/2015.

1.2. Motivos para mantener la denominación «imputado» y restituirla a la LECrim

Por todo ello, nos sobran los motivos para proponer al legislador que devuelva el término imputado a la LECrim y para seguirlo utilizando tanto la doctrina como los profesionales del proceso penal, aunque podríamos reducirlos a tres:

1º. Es el término que resulta más aséptico, inofensivo, neutro y adecuado, para referirse a la persona a quien en el marco de la fase de instrucción del proceso se le imputa alguna participación en actos o hechos aparentemente punibles y determina el momento a partir del cual esta persona puede ejercer el derecho de defensa, y debe estar asistida por Abogado que la defienda.

2º. Resulta perturbador y puede inducir a confusión que para referirse a ese sujeto pasivo del proceso, en la LECrim utilice de forma arbitraria, caprichosa, indiscriminada, sin rigor y sin razón alguna que lo justifique SIETE expresiones distintas (investigado, encausado, inculpado, delincuente, reo, procesado e imputado).

3º. Los prácticos del proceso penal, siguiendo a la doctrina precisamente por su acierto y rigor en este punto, han venido utilizando la expresión «imputado» corrigiendo por la vía de facto las incorrectas alusiones al resto de expresiones contenidas en la LECrim, al estar perfectamente asimilada por la jurisprudencia y por el resto de los profesionales del proceso.

1.3. Reforma necesaria para evitar la estigmatización del sujeto pasivo del proceso penal durante la fase de instrucción

Que la ley y los profesionales del proceso denominemos «imputado» o «encausado» al sujeto pasivo de la pretensión punitiva del proceso penal en su fase de instrucción no es en absoluto estigmatizador ni tiene ninguna connotación peyorativa ni negativa.

Lo que ha estigmatizado a algunos investigados, imputados o encausados y les seguirá estigmatizando se les denomine como se quiera en la ley y en la calle, es que durante la fase de instrucción aparezcan imágenes suyas en televisión y en los medios informativos digitales, así como en general que se transmitan noticias sobre la investigación abierta y en curso facilitándose los nombres de quienes aun no son formalmente acusados y quizás no lleguen a serlo si finalmente se acuerda el sobreseimiento.

Si estando abierta la fase de instrucción se han transmitido al público noticias sobre su objeto y sujetos, se está infringiendo la prohibición de divulgación de información del sumario contenida en el art. 301 LECrim.

Si se infringe impunemente tal prohibición legal ya sea por parte de profesionales públicos o privados del proceso penal es porque la misma carece de una sanción suficiente para la gravedad de tal conducta y porque los Jueces de Instrucción no han incoado los expedientes que debieran cada vez que de su juzgado aparecía una información en prensa.

Si los Jueces de instrucción no han respetado y/o hecho respetar el art. 301 LECrim es por su manifiesta inutilidad y obsolescencia tal como está redactado.

En efecto, el art. 301 LECrim data todavía de 1882 y únicamente ha sido objeto de tratamiento adicional por una Real Orden de 25 mayo 1927 (Gaceta del 26) y por una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 22 julio 1928 (Gaceta del 29), y la cuantía de su multa fue elevada únicamente por Ley de 14 abril 1955 (BOE del 15), de manera que hoy si quien divulga el secreto debido del sumario no es funcionario público «será corregido con multa de 250 a 1.500 PESETAS» (de 1'5 a 9 €!!!), y si es funcionario «incurrirá en la responsabilidad que señale el Código Penal».

Esas sanciones no son disuasorias porque:

1º. En la práctica no se persigue tal divulgación, la cometa quien la cometa.

2º. Si se persiguiera, a cualquier no funcionario le resultaría más satisfactorio pagar la multa de hasta 9 € por divulgar información, que no hacerlo y cualquier funcionario quedaría impune porque el Código Penal únicamente tipifica la divulgación cuando el Juez hubiere acordado previamente el secreto de sumario del art. 302 LECrim (art. 466 CP).

Se impone, por lo tanto, la necesidad de reformar el art. 301 LECrim, cuando no también el CP, para:

1º. Elevar las multas hasta cantidad que resulte disuasoria

2º. Salvar el conflicto con el derecho fundamental a la información, permitiendo transmitir noticias sobre el objeto de la instrucción cuando sean de indudable interés público, y lo serán —al menos— cuando el sujeto pasivo ostente cargo público.

2. Los nuevos derechos y garantías del imputado no incomunicado

Los derechos del imputado tenían y tienen en la ley un doble tratamiento, según éste se halle o no detenido, de modo que hay unos comunes a todo imputado y además unos particulares cuando éste se halla sometido a medida cautelar de detención o prisión provisional, y otro particular del imputado en sede judicial.

Con la reforma se produce una ampliación de los derechos y garantías del imputado, que en algunos puntos era innecesaria, en otros es peligrosa y absurda, pero también deviene necesaria y acertada en ciertos aspectos, que analizo seguidamente.

Entre las novedades comunes en la regulación de los derechos de todo imputado, se halle o no privado de libertad, están:

— La exigencia de que la información de sus derechos se le facilite en un lenguaje comprensible y accesible, adaptando la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita (118.1,a y repetido en 520.2bis), lo que hace necesario, en caso de la menor duda sobre la plena capacidad de comprensión del imputado, que sea examinado por perito forense, como se desprende de una relectura finalista de los desfasados arts. 375, 380 a 383 y 456 a 485 LECrim.

— Derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado, «incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial», salvo cuando esté incomunicado *ex* art. 527 (118.2,2 repetido en el 520.6,d), al que nos referiremos a continuación.

— Derecho al secreto reforzado de las comunicaciones entre el imputado y su Abogado: se plasma en la ley la jurisprudencia y doctrina unánime sobre la confidencialidad de las comunicaciones entre el imputado y su Abogado, con obligación de destruir toda grabación de las mismas, salvo aquellas en que «se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado» en el delito investigado o de su coparticipación junto con el imputado en la comisión de otro delito (118.4 y 520.7).

Por lo demás, se mantienen inalterados e innecesariamente repetidos o duplicados en el art. 118.1,g y,h y en el 520.2,a y,b los clásicos derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar algunas de las preguntas, a manifestar que sólo declarará ante el juez, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable.

2.1. La ampliación de los derechos del imputado del art. 118 LECrim

2.1.1. La reforma de los derechos del imputado en el art. 118 LECrim, a cuya lectura y comparación con el texto anterior me remito, tiene por objeto —en general— trasladar a la ley lo que ya constituía la pacífica interpretación y desarrollo de dicho precepto por parte de TS y TC, por lo que la novedad es más aparente que real y simplemente formal, lo cual era necesario porque es preferible que la regulación de tales derechos, dada la prelación de fuentes del derecho procesal y el principio de seguridad jurídica, esté contenida en la ley.

En este sentido, tienen ahora plasmación legal el derecho a que se le informe «sin demora injustificada» de los hechos atribuidos/imputados «así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación» y «con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa» (**118.1,a**), así como el «derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso con anterioridad a que se le tome declaración» (**118.1,b**). Este derecho se limita al examen de las actuaciones en sede judicial (**art. 120 CE**) cuando no se hallen bajo secreto de sumario (**art. 302 LECrim**), pero no autoriza a examinar en sede policial el atestado o actuaciones policiales, pues de autorizarlo, no habría sido necesario introducir entre los derechos del detenido el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la privación de libertad (**520.2,d**).

2.1.2. El derecho-deber de asistencia letrada incluye ahora el derecho a «comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial» con el Abogado, salvo cuando esté incomunicado *ex* art. 527 (**118.2,2**).

La posibilidad de entrevista reservada previa a la declaración policial constituye una novedad significativa ampliando el derecho de defensa. Pero la posibilidad de «comunicación» previa sin entrevista, supone a mi juicio simplemente la plasmación legal de algo que ya estaba implícito en el Derecho de defensa (art. 24.1 CE) y que en mi condición de Abogado he ejercitado cada vez que he asistido a un imputado ante la policía: tal como he llegado le he indicado «no declare aquí!», sin haber recibido nunca en 22 años sanción alguna, más que el reproche verbal de la policía que, a lo sumo, ha hecho constar mi indicación en el atestado, sin ninguna consecuencia.

En definitiva esta modificación evitará el reproche policial a la actuación que ya veníamos realizando los Abogados tendente a impedir la declaración en sede policial como garantía del ejercicio del derecho de defensa, y posponer esa declaración hasta el momento en que se considere oportuno, pero siempre con posterioridad al atento, sosegado y detenido examen del atestado y del expediente completo.

2.2. La ampliación de los derechos del detenido del art. 520 LECrim

En este punto la exposición de motivos informa que la ley transpone la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2013, cuando en realidad se limita a copiar sus exigencias, sin plantearse que ello provocará más problemas de los que resuelve.

En la regulación de estos derechos la ley se reitera innecesariamente al exigir en cada uno de ellos que se permita al detenido ejercitarlos «sin demora injustificada» y al recordar que tienen su excepción en la detención incomunicada, cuando tanto lo uno como lo otro es común a todos y bastaría con decirlo una vez al inicio del precepto.

1º. Quienes acuerden y ejecuten las medidas cautelares de detención y prisión, incluyendo el traslado-transporte de tales imputados, deben velar por el derecho al honor, intimidad e imagen del detenido, pero con respeto al derecho fundamental a la libertad de información (**art. 520.1,2**).

   Esta novedad debiera haber sido innecesaria si quienes hasta ahora acordaban y practicaban la detención y traslado, hubieran cumplido con la

exigencia prevista en el art. 520.1,1 LECrim de que tal medida cautelar se practique «en la forma que menos perjudique al imputado en su persona, reputación y patrimonio», y hubieran tenido presente que la privación del derecho fundamental a la libertad, máxime antes de sentencia firme, no debe comportar la privación de otros derechos fundamentales, entre ellos «la dignidad», omitida por el legislador de 2015 en nuevo **art. 520.1,2 LECrim**.

Sin embargo, puestos a introducirla en la ley, hubiera sido preferible distinguir y hacer constar que el derecho fundamental a la libertad de información permite informar únicamente noticias en torno a investigaciones que afectan a cargos públicos, únicas que tienen verdadero interés público. Ello exigiría reformar también el art. 301 LECrim en el mismo sentido, castigando sólo las fugas de información del sumario que carezcan de tal interés público.

2º. «En el atestado deberá reflejarse el lugar y hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o, en su caso, de la puesta en libertad.» (**art. 520.1,2**)
Valoro muy positivamente la introducción de esta exigencia, para facilitar el control de la duración de la detención y de la responsabilidad de quienes la practican, incluso para facilitar la decisión del eventual proceso de *habeas corpus*. Ahora falta que se articulen mecanismos para garantizar que la hora que se refleje en el atestado sea la real, evitando así error o arbitrariedad policial.

3º. La información sobre los hechos imputados, sobre las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de sus derechos, que antes debía ser «de modo que le sea comprensible» y ahora «en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda», y tanto antes como ahora «de forma inmediata», además ahora debe efectuarse «por escrito» (**art. 520.2**)
La única novedad destacable es la exigencia de información «por escrito», porque ello va a comportar un cambio radical en la situación vivida hasta ahora en cuanto a la información de los hechos que se le atribuyen, pues la policía se limitaba a indicar al detenido que se le imputa tal o cual delito, sin hacer referencia a hechos ni circunstancias fácticas, ni de tiempo y lugar, mientras el Abogado del detenido pedía sin éxito que se le informara también de los hechos.
En la medida en que ahora se exige que la información sobre los hechos imputados conste por escrito, podrá controlarse fácilmente si se conculca o no en este punto el derecho a ser informado, que es un presupuesto para el ejercicio del derecho de defensa, pues difícilmente podrá defenderse desde ese primer momento si no conoce los hechos concretos que se le atribuyen.

4º. Derecho a comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección, en presencia de un funcionario de policía o de uno designado por el Juez o Fiscal (**520.2,f**).
Aunque la ley no lo diga, parece que la introducción de este nuevo derecho obedece a razones humanitarias, de que sea el propio detenido quien con su voz pueda tranquilizar o aliviar a un ser querido y viceversa.
Sin embargo, la inexistencia de regulación sobre las condiciones de idioma, duración, destinatario y contenido admisibles de la comunicación, unidas a la gran dificultad de regular dichos aspectos de esta nueva llamada telefónica, aconsejan derogarla inmediatamente porque el funcionario presente no tiene atribuciones para limitar la duración de la llamada, ni para impedir que el detenido cambie de idioma durante la misma, ni para impedir que la comunicación se produzca en idioma no oficial en España, ni para impedir que el detenido injurie levemente o amenace sutilmente o pida su liberación y/o la destrucción de pruebas al destinatario de la llamada, etc.
Considero que con el consolidado derecho a que la policía comunique a un tercero de la elección del detenido su privación de libertad y el lugar de custodia en cada momento (**520.2,e**), se consigue el fin perseguido por la norma y se salvaguardan los derechos del detenido suficientemente, siendo perturbador permitirle hacer por sí mismo una llamada con consecuencias y riesgos descontrolados, además de ser mayores los problemas causados, que el beneficio que del correcto ejercicio de este derecho pueda derivarse para el imputado.

5º. Al ya preexistente derecho del detenido extranjero a que se ponga en conocimiento de la oficina consular de su país la detención y el lugar de custodia (**520.2e**) se le une ahora el derecho de éste «a ser visitado por las autoridades consulares de su país» y «a comunicarse» con ellas (**520.2,g**).

6º. Derecho a ser asistido por Abogado sin demora injustificada (**520.2,c**), siempre dentro del plazo máximo de 3 horas desde la recepción del encargo (**520.5,2**) y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de que se le reciba declaración (**520.6,d**).
La reducción del plazo máximo de 8 horas que regía hasta ahora a tan solo 3 tiende a reducir el tiempo en que una persona está privada de libertad y su angustia; sin embargo va acompañada de una actuación policial-colegial innecesariamente dilatoria: «La autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de Abogado de oficio».
Exigir a la policía llamar al Colegio de Abogados para que sea éste quien llame al Abogado designado o al que esté de guardia en el turno de oficio

ese día constituye una pérdida de tiempo innecesaria que obligará a los colegios profesionales a tener en nómina todos los días y noches del año a un empleado para atender tales llamadas y transmitirlas a los Abogados, siendo preferible que la policía haga como hasta ahora: llamar directamente bien al Abogado designado bien al que conste en la lista de guardia del turno de oficio obrante en comisaría, según la elección del detenido o la disponibilidad del designado para asistirle, y únicamente al diputado de guardia del Colegio de Abogados cuando no sea posible localizar ni al Abogado designado ni a los de las listas de guardia del turno de oficio.
Finalmente, siendo un gran avance el ya comentado derecho a entrevista reservada previa, debiera completarse con el derecho a comunicación presencial previsto para el imputado en el art. 118.2,2 LECrim, simplemente para incluir la indicación o consejo letrado de no declarar en este momento, lo que no equivale a entrevistarse ni precisa hacerse de forma reservada.
En cualquier caso este derecho a entrevista reservada previa ya incluye y debería englobar la nueva información por el Abogado de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten (**520.6,c**).

7º. Derecho a comunicarse telefónicamente o por videoconferencia con el Abogado.
La ley no indica la duración máxima de tal comunicación, ni si deberá producirse en presencia de la policía o de forma reservada, y a falta de regulación limitativa, al constituir dicha comunicación una manifestación del derecho de defensa, debemos entender que será reservada y que su duración no podrá ser objeto de limitación por parte de la policía, asumiendo la Administración el coste del servicio y las tarifas de los operadores.
La efectividad de este derecho se condiciona al cumplimiento de 2 requisitos de signo negativo:

1. Que debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia del Letrado. La ley omite cuantificar en kilómetros la lejanía y en horas la inmediatez, lo que deja al arbitrio de la policía la calificación de la concurrencia o no de ambos parámetros.
2. Que dicha comunicación no sea imposible. Aunque la ley tampoco lo determina, dicha imposibilidad se daría si la policía o el Abogado no tuvieran acceso al servicio de teléfono o de videoconferencia por cualquier causa.

Por todo ello, considero improcedente e innecesaria la introducción de este derecho a comunicación telefónica o por videoconferencia con el Abogado, pues son mucho mayores los problemas provocados, que el be-

neficio que de un buen uso del ejercicio de este derecho puedan derivarse para el imputado.

8º. Derecho a ser informado del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención (520.2,2) y a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para tal impugnación (520.2,d).

Podemos calificar la introducción de este derecho como:

— Importante, en la medida en que se informará de la posibilidad de instar un *habeas corpus* y de los elementos esenciales de las actuaciones para fundar dicha petición.

— Peligrosa, en la medida en que puede inducir al detenido a creer siempre que tiene que pedir un *habeas corpus* confundiendo el hecho de que se considere inocente del delito con el hecho de que su detención sea ilegal, con riesgo de saturar a los Juzgados de Guardia con un alud de *habeas corpus* infundados.

De la claridad y eficiencia de la comunicación policial de este derecho dependerá que se materialice o no el anunciado peligro.

Por otro lado debemos ser conscientes que al ampliarse el número de derechos del imputado con esta reforma, se amplía también cuantitativa y cualitativamente los motivos por los cuales la detención puede considerarse ilegal a efectos de *habeas corpus*, lo que sin duda provocará un aumento en la demanda de este producto.

Con gratitud a mi maestro, amigo y compañero, Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez, en Barcelona, 17 diciembre de 2015.

El derecho de defensa en la detención y prisión incomunicada tras la reforma de la LO 13/2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jorge Obach

Sumario: Introducción. 1. La detención y la prisión incomunicada. 1.1. Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre: una regulación constitucionalmente débil. 1.2. Una detención o prisión provisional incomunicada «más constitucional»: 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 tecnológicas. 1.3. Un efecto innecesario y de desconfianza respecto a la Abogacía. 2. Los indicios habilitantes para la restricción de los derechos. 2.1. Una doctrina consolidada en la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho al secreto de las comunicaciones. 2.2. Una menor exigencia de los indicios, en los supuestos de detención o prisión incomunicada.

1. Introducción

La presente intervención sobre el derecho de defensa se concretará a los supuestos de detención y/o prisión incomunicada a partir de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, sobre el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y que supone un cambio importante respecto a la regulación anterior de este régimen excepcional de privación de libertad ; igualmente, en la segunda parte de la intervención, se abordará la cuestión de los «indicios habilitantes» para poder acordar restricción de derechos fundamentales.

2. La detención y la prisión incomunicada

2.1. Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre: una regulación constitucionalmente débil

La Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, desarrollando el contenido del artículo 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y preso, fijó el régimen de la detención y prisión incomunicada, modificando los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de imponer, «en todo caso», que al detenido o preso incomunicado, el Abogado le será designado de oficio además de privarle del derecho a la entrevista reservada entre el privado de libertad y su Abogado así como el derecho a comunicar a familiares el hecho de la detención.

Dicho precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, promovida por la Audiencia Territorial de Pamplona, resuelta por el Tribunal Constitucional en Sentencia de Pleno 196/1987, de 11 de diciembre.

La decisión de considerar constitucional el art. 527 a) LECrim, en el sentido de impedir al detenido o preso incomunicado nombrar libremente un Abogado de confianza, fue adoptada por una mayoría ajustada de siete magistrados, mientras que los cinco magistrados restantes se opusieron a dicha decisión, en sendos votos particulares. Como señala, RODRIGUEZ RAMOS[1] tan precaria mayoría hace ya suponer que «los argumentos no son concluyentes, pues sólo merced a los votos-categorías de la voluntad-se ha logrado consagrar una doctrina no avalada por la claridad de los razonamientos».

La cuestión que se le planteó al Tribunal Constitucional se centró en la posible lesión que la norma legal podía suponer respecto al contenido esencial del derecho de asistencia letrada, incardinándolo tanto dentro del art. 17.3 como del art. 24.2 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional inicia su análisis con la necesidad de diferenciar el asentamiento del derecho a la asistencia letrada en uno y otro artículo, ya que el art. 17.3 CE desarrolla únicamente el citado derecho al detenido en diligencias policiales y judiciales mientras que en el art. 24.2 CE, lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva, con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, apoyándose en textos internacionales que reconocen esta doble proyección constitucional. Concretamente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en su art. 5, proclama el derecho a la libertad, seña-

1. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «Detención, incomunicación y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia196/1987, de 11 de diciembre», en Actualidad Penal, núm. 1, 1988, p. 522

lando los derechos del detenido preventivamente entre los que no está el de asistencia letrada, y en su art. 6 que consagra el derecho al proceso debido, determinando los derechos del acusado, con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección.

Este modelito es igualmente acogido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, arts. 9 y 14, respectivamente. En suma, en dichos textos internacionales, tiene especial importancia la diferenciación entre «detenido» y «acusado», afirmando el Tribunal Constitucional que se hace muy difícil precisar dónde se encuentra la línea que separa los conceptos de «detenido» y «acusado» sin que la propia doctrina del TEDH, oscilante en la materia, pueda servir de guía para ello. Ante las dificultades diferenciadoras de uno y otro concepto, Cobo Del Rosal aboga por la necesidad de huir de todo formalismo sobre el concepto de acusado, debiendo atenderse «a si materialmente la persona afectada puede ser considerada como imputada o acusada» teniendo en cuenta que si sobre la persona incomunicada «ya existe un elemento inculpatorio o actuación procesal que autoricen a entender que ha habido "acusación" o "imputación" es preciso respetar los Tratados y Acuerdos Internacionales citados sobre el derecho del "acusado" a ser asistido por un defensor de su elección;»[2] en todo caso, no se puede perder de vista, como afirma Rodriguez que «aun cuando es sencillo admitir que no todo acusado está detenido, resulta inadmisible la proposición contraria: el detenido no es un acusado».[3]

Por lo demás, se afirma en la sentencia que el marco constitucional español supone un «avance» al reconocer en todo caso la asistencia letrada al «simplemente» detenido.

Con este punto de partida y pasando al fondo de la cuestión, se interroga el Tribunal Constitucional sobre si la confianza del detenido en el Abogado que le asiste en su detención forma parte integrante del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada garantizada en el art. 17.3 CE.

Sin dejar de reconocer que la confianza del detenido en las condiciones «profesionales y humanas» de su letrado tiene un lugar destacado en el ejercicio del derecho, matiza la necesidad de esa confianza para señalar que la misma alcanza su máximo relieve cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, al plantearse complejos problemas procesales y sustantivos, mientras que ello no es así en el supuesto de detención en las primeras dili-

---

2. Cobo Del Rosal, Manuel, «Incomunicación procesal e imposición de abogado del turno de oficio: (segmento de un proceso infame)» en CESEJ, Madrid 2006,p.32

3. Rodríguez Ramos, Luis, «Detención», cit.p.527

gencias policiales, en las que la intervención del Abogado responde a la finalidad de asegurar con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, conforme el art. 520 LECrim, en tanto no sufra coacción o trato degradante, incompatible con su dignidad y libertad de declaración. Ello permite afirmar al Tribunal que la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo «no en la modalidad de la designación de Abogado, sino en la efectividad de la defensa (sic) pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad *se cumple objetivamente* con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación».

Así pues, descartado que la imposición de un letrado de oficio forme parte esencial del derecho, queda analizar si la restricción que en todo caso supone cumple con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que toda limitación de derecho fundamental requiere, esto es, si la «situación excepcional» que implica este régimen de privación de libertad está justificada o no. El Tribunal Constitucional entiende que con este régimen se pretende proteger valores igualmente constitucionales, como son la paz social y la seguridad ciudadana, bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE, y que, en definitiva, justifica que la autoridad judicial, en exclusiva, pueda decretar la incomunicación, durante un breve plazo de duración, con el objeto de aislar al detenido de relaciones personales que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta, por lo que la medida, teniendo en cuenta su limitación temporal, que no impide al detenido o preso la libre designación de un Abogado una vez cesada la incomunicación, no puede calificarse la medida restrictiva como irrazonable o desproporcionada, sino de «conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada-cuya efectividad no se perjudica con los valores constitucionales citados».

El argumento de la constitucionalidad del régimen de incomunicación basado en el «breve plazo» deja de lado la configuración que el propio Tribunal Constitucional hace de la libertad personal no sólo como valor superior del Ordenamiento jurídico, sino además un derecho fundamental cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales, por lo que la libertad de los ciudadanos es en un régimen democrático la regla general y no la excepción (STC 147/2000, de 29 de mayo); por tanto, siguiendo a RODRIGUEZ RAMOS, no podemos obviar que «la incomunicación del detenido resultará a su vez excepcional respecto a la "normal detención que es comunicada; lo correcto sería concluir que la incomunicación, además de ser decretada sólo y durante el tiempo estricta-

mente necesario, deberá perjudicar lo menos posible los derechos fundamentales de la persona detenida que, aun cuando esté provisionalmente privada de su libertad, sigue, sin embargo, gozando de los restantes derechos en su integridad»[4]

La decisión mayoritaria sobre la constitucionalidad de la detención incomunicada es por el Tribunal Supremo tal y como se aprecia en la reciente STS 716/2015, de 19 de noviembre, como luego veremos.

Frente a esta decisión de siete magistrados, de la que, como ya se avanzó, disienten cinco magistrados, agrupados en dos votos particulares, que se inclinan por la inconstitucionalidad del art. 527 LECrim, en su redactado que ha estado vigente hasta la reforma operada por la LO 13/2015.

El primer voto particular, suscrito por dos magistrados, reconoce que la asistencia letrada del detenido (art. 17.3 CE) que garantiza, a su vez, el de la libertad de toda persona (art. 17.1 CE), «puede ser crucial e incluso determinante, y más incomunicado, de su posterior destino procesal y quizás penal o punitivo», por lo que esas primeras horas de detención son quizás las «más necesitadas —más justificadas— de apoyo técnico y moral. Ambas cosas sólo se las puede prestar el Abogado, pero sólo el Abogado en quien confíe», estimando que la defensa prestada por el turno de oficio sería suficiente para satisfacer la necesidad de una mera presencia de Abogado «pero no el apoyo moral y ayuda técnica en la que consiste la función de Letrado». Por lo demás, entienden estos Magistrados discrepantes que resulta «ingenuo» que los peligros que pretende conjurar la incomunicación del detenido o preso, en los delitos susceptibles de la medida, terrorismo y delincuencia organizada, pueden conseguirse impidiendo la asistencia de un Abogado de confianza del detenido, pues parece plausible entender que la sola detención de un sospechoso de este tipo de delitos es conocida en el momento, empezando ahí la preparación de coartadas o eliminación de fuentes de prueba. Por todo ello, concluye que sería más lógico acusar, en su caso, al Letrado por su «posible comportamiento incriminador». Igualmente se estima que la posición mayoritaria resulta desequilibrada pues la restricción del derecho a favor de la seguridad, en detrimento de la libertad, se ha impuesto a todos los supuestos de incomunicación y no solo frente a los delitos de terrorismo que era para la que fue inicialmente pensada la limitación de la libre elección de Abogado.

---

4. Rodríguez Ramos, Luis, «Detención…, cit.p.523

En relación al segundo voto particular, los Magistrados suscribientes discrepan de la mayoría cuando se afirma que la relación de confianza no resulta estrictamente necesaria para que el derecho de asistencia letrada al detenido preventivamente sea satisfecha por un Abogado designado de oficio, teniendo en cuenta la menor complejidad técnica que tal situación de privación de libertad supone pues, aceptando esa menor complejidad, no puede admitirse que, como regla general, sea indiferente para el detenido el ser asistido por cualquier Abogado o tener que confiar en el Letrado que el turno de oficio le depare. Pero la discrepancia más acusada con la decisión mayoritaria va referida a la aceptación genérica de los efectos de la incomunicación a todos los detenidos pues una medida limitativa del derecho a la asistencia de Abogado exigiría una «mayor precisión de su encaje o habilitación constitucional» sin que pueda aceptarse que en todos los casos de detenciones incomunicadas haya riesgo previsible de «ilícita confabulación del Abogado libremente nombrado con terceras personas a las que podrían alcanzar las investigaciones en curso», produciéndose de forma automática dicho efecto de nombramiento de Letrado de oficio una vez acordada la incomunicación del detenido o preso «sin que el Juez que ordenó dicha incomunicación pueda dispensar de la designación de Abogado por el turno de oficio en ningún caso», por lo que la constitucionalidad del precepto solo podría alcanzarse en los casos de detenciones relacionadas con el crimen organizado pero no con el alcance general que el precepto cuestionado permite.

Este alcance general e indiscriminado es igualmente combatido por RODRIGUEZ RAMOS teniendo en cuenta la pluralidad de situaciones en las que puede proceder la incomunicación y que aconsejaría flexibilidad legal que «impida la expansión de lo excepcional, al pensar las normas generales en función de los casos más graves, obligando al sistema penal, en lo que a incomunicación respecta, a emplear siempre la artillería pesada… reduciendo innecesariamente el contenido de algún derecho fundamental.»[5]

Por lo demás, la designación del Abogado de confianza no afectaría, en si misma, a la incomunicación acordada ni rompería el aislamiento puesto que rige igualmente la prohibición de toda entrevista reservada o comunicación personal, conforme al propio art. 527 c) de la LECrim.

---

5. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «Detención…, cit.p.524

2.2. Una detención o prisión provisional incomunicada «más constitucional»: 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 tecnológicas

Como señala el Preámbulo de la LO 13/2015, a la espera de elaborar un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que plantea un «cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso», resultaba preciso afrontar cuestiones «que no pueden aguardar», entre las que se encuentran el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea (básicamente las obligaciones impuestas por la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre acceso al expediente judicial y a la entrevista previa entre Letrado y personas sospechosas y acusadas, antes y después de declarar, incluso en dependencias policiales). Se aprovecha la reforma para adecuar la prisión incomunicada con una nueva regulación del art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permitirá su aplicación cuando concurran los presupuestos que establece el art. 509 de la misma Ley procesal. Precepto que también se modifica, facultando al juez para limitar los derechos, según las necesidades de cada caso «sin que esta restricción opere automática e indiferenciadamente respecto de todos», por lo que se opta por una regulación más respetuosa con el principio de proporcionalidad conforme a las razones que exponía el segundo voto particular de la STC 196/1987, antes señaladas. En definitiva, como señalan Marchena y Gonzalez Cuellar, la regulación es más minuciosa «con el establecimiento de fuertes garantías que eviten hipotéticamente abusos policiales y la exigencia de dosificación de las medidas susceptibles de ser adoptadas» en cumplimiento del citado principio[6]

En efecto, la nueva regulación establece de forma más clara, conforme a los supuestos de excepción que fija la Directiva 2013/48/UE para restringir la asistencia Letrada, los circunstancias de la incomunicación, en el nuevo art. 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que pueden poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona; o

b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

---

6. Marchena Gomez, Manuel y Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolás «La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015», en Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid 2015,p.130

Estos motivos son literalmente coincidentes con las causas previstas por la Directiva «de limitación de los derechos a la asistencia letrada (art. 3.6) y a que la detención sea comunicada a un tercero (art. 5.3). La restricción del derecho del detenido a la comunicación con un tercero se regula de modo distinto, al posibilitarse la limitación o aplazamiento del derecho "por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado" (art. 6,2)»[7]

El mismo artículo respecto a los plazos determina el «tiempo estrictamente necesario» para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar los peligros habilitantes de la incomunicación sin que en ningún caso puede extenderse más allá de los cinco días, con una posibilidad de prórroga de otros cinco días más para los delitos de terrorismo u «otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas», sin contemplarse una «segunda incomunicación» por tres días que se preveía en el precepto durante el desarrollo ulterior de la causa y que se suprimió en virtud de una enmienda aprobada por el Senado durante la tramitación de la Ley 13/2015[8]

Por su parte, el nuevo art. 527 LECrim, señala los efectos de la incomunicación, esto es, los derechos de los que podrá ser privado el detenido o preso:

a) Designar un abogado de su confianza.

b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.

c) Entrevistarse reservadamente con su abogado.

d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Se mantiene la necesidad de que sea la autoridad judicial quien acuerde la incomunicación tanto de la detención como de la prisión provisional, aunque se habilita tanto a la Policía Judicial como al Ministerio Fiscal para acordar la privación de estos derechos si se instan en un plazo máximo de veinticuatro horas dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud.

La novedad de la reforma, como ya se adelantó, se concreta en que la aplicación de estas restricciones deberán ser motivadas, exponiendo las razones que justifican la adopción «de cada una de la excepciones» del régimen general de

---

7. Marchena Gomez, Manuel y Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolás, «La Reforma… cit.p.130

8. Marchena Gomez, Manuel y Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolás, «La Reforma… cit.p.131

la detención o prisión provisional, desapareciendo así el régimen automático que establecía la anterior regulación.

También como novedad se establece el «control judicial» del juez para poder constatar el estado del detenido o preso y el respeto de sus derechos para lo que podrá requerir la información pertinente. En relación a este «control judicial» el legislador ha obviado las medidas que se establecían en el «protocolo de incomunicación» que se aplica por parte de algunos titulares de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y que se refleja en los autos de incomunicación dictados en cada caso. Entre estas medidas se encuentra la de requerir a la policía actuante para que procedan a la grabación en soportes de DVD o video del lugar de detención y condiciones del mismo así como del detenido durante todo el tiempo que permanezca incomunicado.Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia «Arratibel Garciandia c. España (Demanda nº 58488/13)» de 5 de mayo de 2015 «suscribe» las recomendaciones que CPT (Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa) y que ya hizo suyas el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe del 9 de octubre de 2013, transcritas en el párrafo 32 de la sentencia «Etxebarria Caballero c. España», de 7 de octubre de 2014) que atañe a las salvaguardias que deberían acompañar el régimen de incomunicación entre las que se encuentra la de vigilancia mediante cámaras de vídeo y grabación de las zonas de detención las 24 horas. En contra de este «protocolo» se pronuncia Del Pozo Perez al considerar que, entre otras razones, vacía de contenido la incomunicación porque la desvirtúa.[9]

La Sentencia referida también se refiere a las «salvaguardias o recomendaciones» formuladas por el CTP en relación a los reconocimientos médicos; la nueva regulación sin acoger expresamente dichas recomendaciones que se concretan en la posibilidad de que la persona incomunicada sea visitada por un médico de confianza junto con un médico forense designado por la autoridad judicial, si prevé la práctica de, al menos, dos reconocimientos médicos cada veinticuatro horas según criterio facultativo, al aprobarse una enmienda con tal propuesta por el Congreso de los Diputados teniendo en cuenta la «preocupación por el riesgo de abusos policiales que objetivamente la situación de

9. Del Pozo Pérez, Marta, «¿Resulta admisible la existencia y aplicación del denominado «Protocolo de incomunicación» a presuntos miembros de ETA en nuestro proceso penal?», en Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011 / coord. por Ana María Neira Pena; Agustín-J. Pérez-Cruz Martín (dir. congr.) Xulio Ferreiro Baamonde (dir. congr.) 2012, ISBN 978-84-9749-501-1, p.402

incomunicación genera «extremando así «las cautelas sobre el mantenimiento de la salud e integridad física y psíquica del detenido».[10]

2.3. Un efecto innecesario y de desconfianza respecto a la Abogacía

La regulación de la detención y prisión incomunicada, se puede afirmar que es claramente menos restrictiva o limitativa del derecho de asistencia letrada de todo detenido o preso y más respetuosa con ese derecho y el de defensa en general, al eliminarse el «automatismo» de los efectos de dicha incomunicación, entre ellos, el de la elección de un Abogado de confianza por parte de la persona afectada por la medida.

A ello debemos añadir el Acuerdo de Sala Penal del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2015 que viene a restringir el «potencial probatorio»[11] de las declaraciones prestadas por el detenido en sede policial, mientras que las primeras declaraciones judiciales que se practiquen bajo el régimen de incomunicación deberán ser valoradas «con gran cautela y exquisita poderacion» tal y como se afirma en la STS (Sala Penal) 716/2015, de 19 de noviembre.

Sin embargo, podemos estimar que esta posibilidad de impedir la designación de un abogado de confianza por parte del detenido o preso es una «obcecación» de nuestro legislador que puede resultar innecesaria y de clara desconfianza y «sospechosos recelos de complicidad o encubrimiento sobre la abogacía española en general»[12]

En efecto, como ya señalaba uno de los votos particulares de la STC 196/1987, es dudosa la eficacia práctica de esta restricción del derecho de asistencia letrada dada la dinámica comisiva de estos delitos (al menos, en los de terrorismo y delincuencia organizada) en los que la detención de un sospechoso es conocida en el momento y que a partir de ahí pueden empezar a producirse los efectos que la medida de incomunicación pretende conjurar designando un abogado de oficio en lugar de uno de confianza del detenido. Reiterando

---

10. Marchena Gomez, Manuel y Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolás, «La Reforma de…», cit.p.133

11. «Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.
No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECR. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.
Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron. Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en el mes de noviembre de 2006».

12. Cobo Del Rosal, Manuel, «Incomunicación…» cit. p.94

igualmente las razones del otro voto particular cuando adelantaba que esos riesgos, que la designación de abogado de confianza supone para la investigación de la causa, no afectan, en sí misma, a la incomunicación acordada ni rompe el aislamiento de toda relación personal a que el incomunicado se encuentra sometido pues el precepto, entonces y ahora, recoge la prohibición de entrevista reservada con su abogado, añadiéndose ahora la posibilidad de restringir igualmente el derecho de acceso del detenido o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Por otro lado, debemos apuntar que resulta extraño, teniendo en cuenta que las finalidades que justifican la incomunicación son las mismas que las que se exigen para decretar el secreto de las actuaciones, no se prevea que precisamente el secreto de las actuaciones sea uno de los primeros efectos de la incomunicación; de hecho, el nuevo artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo se refiere tangencialmente a ese efecto cuando afirma que el juez además de pronunciarse sobre la solicitud de incomunicación lo hará sobre «la pertinencia del secreto». Más extraño resulta esta referencia indirecta y no principal del secreto sin que se prevea el mismo como efecto legal «automático» tal y como ocurre con la nueva regulación de la intervención de las comunicaciones, cuyo art. 588 bis d), señala que la medida se sustanciará en una pieza separada y secreta «sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa».

En todo caso, el legislador ha sido poco cuidadoso en su redacción para defender la prohibición del abogado de libre designación por parte del detenido o preso. En efecto, este derecho, que viene recogido en el art. 6 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como «a ser asistido por si mismo o a ser *asistido por un defensor de su elección* y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio,(…)» y así se recogía en las reformas postconstitucionales de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como taxativamente se establecía, por ejemplo, la imposición de letrado de oficio en la redacción del art. 527, antes analizada.

Actualmente, nuestro legislador señala, expresamente, en la letra a) del mencionado precepto, como uno de los derechos de los que podrá ser privado el incomunicado, el de «Designar un abogado de su confianza». La conclusión, como alternativa, parece clara: el letrado del incomunicado será de su «desconfianza o no de su confianza», aun cuando no dudamos de que el legislador solo pretendía señalar que se tratará de un abogado integrante del turno de oficio.

Por último, no podemos obviar que la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales es más restrictiva, pues si bien nada dice sobre la incomunicación del detenido y nombramiento de un abogado de oficio, si que permite, en su art. 3.6, que reconoce el Derecho de asistencia de letrado en los procesos penales, que en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados de la Unión Europea podrán dejar de aplicar «temporalmente» los derechos previstos en el apartado 3 del mismo art. 3, entre los que están el de la asistencia letrada durante los interrogatorios policiales y judiciales, siempre que esté justificada la restricción para evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; o, por una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. Esta Directiva, adoptada en el marco de la cooperación judicial penal al amparo de lo previsto por el artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se presenta con el objetivo de facilitar la cooperación policial y judicial en asuntos penales, armonizando los derechos y garantías de las personas durante el proceso penal, «tratándose de un área que pone de manifiesto la consideración del proceso penal no como un mero instrumento para la aplicación del derecho penal, sino también como un medio de garantía de los ciudadanos sujetos al proceso penal frente al Estado» como señala ARANGÜENA FANEGO.[13] En todo caso, este derecho procesal de mínimos actualiza el fenómeno de crisis que afecta a la legislación procesal referido a la «creciente complejidad y confusión de la ley procesal» que TARUFO[14] considera que con demasiada frecuencia emana del impulso de exigencias eventuales, o del intento de encontrar remedios rápidos a cado uno de los problemas de disfuncionalidad del sistema y que se agudiza cuando se trata de conseguir la «armonización» de legislaciones procesales de veintiochos países distintos.

3. Los indicios habilitantes para la restricción de los derechos

3.1. Una doctrina consolidada en la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho al secreto de las comunicaciones

Es doctrina legal, sobradamente conocida en materia de entradas y registros en domicilios particulares, así como en la intervención de las comunicaciones,

13. ARANGÜENA FANEGO, Coral, «El derecho a la asistencia letrada en la directiva 2013/48/UE», en Revista General de Derecho Europeo, 2014, n. 32, p.3.

14. TARUFFO, Michelle, «Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal», en Doxa 22(1999)

la necesidad de que la autorización judicial, que permita las citadas diligencias restrictivas, se asiente en indicios que posibiliten «considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso», afirmándose que no se requiere un nivel o intensidad incriminatoria de los indicios de racionalidad que impone el art. 384 LECrim, para poder procesar a una persona al tratarse de unos momentos iniciales en que se adoptan la medida restrictiva de derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio, art. 18.2, secreto de las comunicaciones, art. 18.3) y que se adoptan precisamente para profundizar en una investigación no acabada por lo que únicamente será posible conocer unos «iniciales elementos indiciarios».

En todo caso, se exige, tanto por parte del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que la decisión de restringir estos derechos fundamentales no puede apoyarse en meras hipótesis subjetivas ni tampoco puede entrañar la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona «pues en ese caso la invasión de la esfera de la intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos».

Estos «indicios habilitantes» deben ser entendidos como datos objetivos que, por su naturaleza, han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas, acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida. Se afirma que han de ser objetivos «en un doble sentido». En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo cual no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona» (STC 184/2003, de 23 de octubre), sin que sea suficiente la mera expresión «de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos que pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma» (STC 197/2009). En suma, no es «indicio habilitante» la sospecha acerca de la comisión del delito o de la participación del sospechoso por «más contundente que sea su expresión, ni tampoco consecuentemente, la afirmación de la existencia del delito y de la participación; o de su posibilidad o probabilidad.

Cuando la jurisprudencia ha requerido indicios no se ha referido a su supuesta o intuida existencia, ni a la expresión de un convencimiento policial, ni siquiera judicial, acerca de la existencia del delito y de la implicación del sospechoso, si no aparece acompañado de hechos significativos desde un análisis objetivo».

Estas exigencias, que han sido conformadas por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, para configurar, básicamente, los requisitos para la restricción de los derechos comprendidos en los arts. 18.2 y 18.3, han sido positivizados en la misma LO 13/2015, concretamente en el nuevo art. 588 bis a) LECrim, donde se expresan, como principios rectores de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

En efecto, se afirman como principios rectores para poder adoptar alguna de estas medidas: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Conformándose el primero de ellos como la exigencia de que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto sin que puedan autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas «sin base objetiva», valorándose la «intensidad de los indicios existentes» (art. 588 bis a), obligando a que la solicitud policial contenga la exposición razonada que justifique la medida así como «los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización»(art. 588 bis b 2º), y que también deberá consignar la resolución judicial que la autorice «El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funda la medida».

3.2. Una menor exigencia de los indicios, en los supuestos de detención o prisión incomunicada

Ante estas exigencias para limitar un derecho fundamental, el de la intimidad concretado principalmente en el secreto de las comunicaciones, llama la atención que para restringir la libertad de un modo tan grave por sus efectos como es la detención o prisión incomunicada, nuestro legislador no sea tan exigente si tenemos en cuenta que la libertad, proclamada en el art. 17 CE, es la base y fundamento de las libertades y derechos que luego se regulan en el texto constitucional, entre otros, el de intimidad. Acaso, y respecto a la prisión incomunicada, podría sostenerse que esta exigencia de indicios racionales de criminalidad de delito y de participación en el mismo de la persona cuya libertad

va a ser limitada, se encuentran genéricamente en el art. 503 LECrim, al inicio de la regulación de la prisión provisional en general, teniendo en cuenta que la detención y prisión incomunicada se regulan en los arts. 509 y 527 LECrim. En todo caso no deja de ser insatisfactorio este régimen ya que, junto a la prisión, también se incluye la detención para la cual no se dan estas exigencias y, sobre todo, la propia doctrina del Tribunal Supremo que, al valorar la procedencia de la incomunicación, es ciertamente más «flexible» que para el derecho al secreto de las comunicaciones; como muestra, la reciente Sentencia 716/2015, de 19 de noviembre, en la que basta la gravedad del delito por el que se acuerda la medida más que la justificación o base indiciaria de su existencia.

En efecto, acogiéndose a la STC 196/1987 y a la STC 127/2000, subraya más la necesidad de conjurar los peligros que legitima la medida de incomunicación que la valoración de los indicios del delito que se imputa, afirmándose que la necesidad de incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos como es el terrorismo, sin que resulte «constitucionalmente exigible un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la incomunicación para alcanzar la finalidad que la legitima, ya que esta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas», resaltando seguidamente la doctrina del propio Tribunal Supremo conforme a la cual «el mero contexto de terrorismo resulta argumento suficiente para justificar una restricción de derechos como la implícita incomunicación», obviando que esta clase de detención o prisión incomunicada no se aplica únicamente a los delitos de terrorismo (la especialidad de este tipo de delitos, como los de criminalidad organizada, se centra en los plazos máximo de su duración).

El nuevo régimen de recursos en el proceso penal

Federico Blanco García
Investigador de la Universidad de Barcelona
Abogado

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La generalización de la segunda instancia penal. 3. La ampliación de la casación. 4. Ampliación de los motivos del recurso de revisión de sentencias firmes. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El régimen de recursos en el proceso penal ha sido objeto de una importante reforma con la promulgación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Según disponen las letras c), d) y e) del apartado I de su preámbulo, esta ley regulará «*la instauración general de la segunda instancia*», «*la ampliación del recurso de casación*» y «*la reforma del recurso extraordinario de revisión*».

Así las cosas, los principales cambios operados por la citada Ley han sido, en primer lugar, la generalización de la segunda instancia penal, permitiendo el acceso al recurso de apelación para impugnar la mayoría de sentencias; en segundo lugar, la ampliación del objeto de la casación penal, permitiendo que el Alto Tribunal pueda ahora resolver sobre cuestiones que hasta el momento tenían vedado su acceso a la casación; y en tercer lugar, la incorporación de nuevos motivos para el recurso de revisión, dando una solución, por un lado, a la nueva regulación procesal del decomiso autónomo y, por otro, a las resoluciones sobre las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que violan alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A lo largo de los siguientes apartados, abordaremos cada uno de los anteriores temas de forma separada.

2. La generalización de la segunda instancia penal

El recurso de apelación está previsto en nuestro régimen de recursos como la vía de acceso a la segunda instancia penal. Ello no obstante, hasta hoy, la segunda instancia penal no estaba prevista en nuestro sistema procesal de forma generalizada, y el recurso de casación,[1] debido a su carácter extraordinario,[2] no satisfacía las exigencias de los textos internacionales. Además, la carencia de una segunda instancia penal intentaba compensarse con una mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso casacional, lo que a su vez desvirtuaba la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal.

No disponer de una doble instancia generalizada ha provocado que España haya sido condenada en múltiples ocasiones por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, por incumplimiento de lo previsto en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.[3] De conformidad con lo dispuesto en el citado precepto,

> *«Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».*[4]

En respuesta a la anterior exigencia supranacional, y tal y como establece el párrafo segundo del apartado IV del Preámbulo de la Ley 41/2015, se ha procedido a

> *«(…) generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas (…)».*

---

1. Recurso hasta hoy previsto para impugnar sentencias de las Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Sala Penal de la Audiencia Nacional.

2. Y limitativo en lo que se refiere a la revisión del «juicio de hecho».

3. Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

4. Para Muerza Esparza. J, en *Las reformas procesales penales de 2015*, Aranzadi, 2016, pág. 80, ello «*significa, a juicio del Tribunal Constitucional, que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en la instancia, revisando la adecuada aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (entre otras, SSTC 184/2013, de 4 de noviembre (RTC 2013, 184); 120/2009, de 21 de mayo (RTC 2009, 120); 136/2006, de 8 de mayo (RTC 2006, 136); 105/2003, de 2 de junio (RTC 2003*, 105); 70/2002, de 3 abril (RTC 2002/70)».

En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial realizó modificaciones orgánicas necesarias para que la segunda instancia penal quedara generalizada[5] mucho antes que la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La adaptación de las normas procesales a la generalización de la segunda instancia penal se ha llevado a cabo a través del nuevo 846.ter LECRIM.[6] El primer apartado del citado artículo dispone que,

> *«Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia».*

Este nuevo precepto acerca nuestro régimen de recursos a las exigencias internacionales[7] y permite que la segunda instancia se extienda a un mayor número de resoluciones.

Otra de las novedades vinculadas a la generalización de la segunda instancia penal es la prohibición de *reformatio in peius* prevista en el artículo 792.2 LECRIM,[8] de aplicación por remisión del apartado 3º del nuevo artículo 846.ter LECRIM,[9] y cuyo tenor literal dispone que,

> *«La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.*
> *No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si*

---

5. Así, ya en 1995 —mediante la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo— se atribuyó a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia «*el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes*» (art. 73.3.c) LOPJ), y en 2003 —mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre— se creó la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, atribuyéndosele los recursos que la ley prevé contra las resoluciones de la Sala de lo Penal (arts. 64 y 64.bis LOPJ).

6. Introducido por el artículo único once de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

7. Recordemos, en este caso, previstas en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

8. Modificación introducida por el artículo único, ocho, de la citada Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

9. De conformidad con lo previsto en el apartado 3º del nuevo artículo 846.ter LECrim, «*Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso*».

el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa».

Con ello, nuestro nuevo régimen de apelación ha adoptado un carácter claramente limitado. La limitación de la cognición del tribunal de apelación —que habrá de limitarse a anular la sentencia y devolver las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida— hacen que no pueda actuar como un verdadero tribunal de segunda instancia.[10] Ello no obstante, una apelación plena sin limitaciones de cognición por parte del tribunal *ad quem* y, por tanto, con una capacidad de revisión total, puede plantear serios inconvenientes.[11]

En definitiva, nos encontramos ante una reforma de nuestro régimen de recursos mucho más respetuosa con el derecho de defensa y con el derecho a la doble instancia penal.

3. La ampliación de la casación

El recurso de casación está previsto en nuestro régimen de recursos como un recurso devolutivo y extraordinario —ya que se limita a unos determinados motivos legalmente tasados— cuyo principal cometido es desempeñar la denominada *función nomofiláctica*, esto es, controlar la correcta aplicación de las leyes por parte de los tribunales inferiores, a fin de lograr una interpretación uniforme del ordenamiento jurídico.

El nuevo régimen de recursos establecido por la Ley 41/2015 permite el acceso a la casación, además de a las resoluciones a las que se permitía anteriormente,[12] a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, aunque limitando los motivos casacionales a la infracción de ley prevista en el número 1º del artículo 849.[13]

---

10. En este sentido, Herrero Perezagua, J. F., en «Los recursos contra las resoluciones interlocutorias y la apelación», dentro de la obra conjunta *Nociones preliminares de derecho procesal penal*, Atelier, pág. 191, quien entiende que «*el órgano ad quem no podrá actuar como un verdadero tribunal de segunda instancia pues habrá de limitarse a anular la sentencia y devolver las actuaciones al órgano a quo*».

11. En este sentido, Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A.L., en *La reforma procesal penal de 2015*, Dykinson, 2015, págs. 122 y 123, exponen que «*la posibilidad de un recurso con revisión plena ha sido muy protestada y criticada, entre otras razones porque el tiempo perjudica mucho la eficacia de los medos de prueba*».

12. Recordemos que, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1º del artículo 847 LECrim, «*Procede recurso de casación: a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: 1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. 2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional*».

13. Según el apartado 1º del artículo 849 LECrim, «*Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal*».

En estos casos, el proceso penal contará con un triple nivel de jurisdicción,[14] y se posibilita que la denominada *función nomofiláctica* del Tribunal Supremo se extienda o alcance también a múltiples cuestiones[15] sobre las que hoy tenía vedado el acceso.[16]

Por último, debemos criticar que el legislador no haya aprovechado esta ocasión para extender la casación y, por tanto, permitir la doble instancia penal, a todas aquellas causas abiertas contra personas aforadas[17] ante el Tribunal Supremo, cuyos procedimientos quedan limitados al conocimiento por un único tribunal y los aforados al Tribunal Superior de Justicia, en cuya defensa, en caso de condena, sólo disponen del recurso extraordinario de casación, pero no tienen acceso al recurso plenario de apelación.[18]

4. Ampliación de los motivos del recurso de revisión de sentencias firmes

El recurso de revisión penal es el cauce procesal previsto en nuestro régimen de recursos para impugnar aquellas resoluciones firmes en las que ha mediado error. Según entiende el Tribunal Supremo (Sala 2ª),[19] la finalidad del re-

---

14. En primer lugar, la resolución que se dicte en primera instancia, después, la dictada por el tribunal de apelación y, por último, la que dicte el Tribunal Supremo en casación.

15. Con independencia de la gravedad de la pena o del tipo de delito.

16. En este sentido, el apartado V del Preámbulo de la Ley 41/2015, dispone que «*Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias*».

17. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.1, apartados 1º y 2º LOPJ (encargados de regular el denominado «aforamientos *ratione personae*», derivado de los privilegios que, por razón de cargo desempeñado, tienen determinadas personas enjuiciadas, «*La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá*»: «*de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía*» y «*de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia*».

18. En este sentido, Marchena Gómez, M., y González-Cuellar Serrano, N., en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2016, pág. 544, entienden que «*la ausencia de un recurso de apelación frente al desenlace en primera instancia del enjuiciamiento de esos aforados resucita el controvertido debate acerca de la configuración de los aforamientos, contemplados por la inmensa mayoría de la ciudadanía como un estatuto de privilegio*».

19. Entre otras, en sus Sentencias de fechas 18 de octubre de 1982 y 12 de mayo de 1987.

curso de revisión «*está encaminada a prevalecer sobre la sentencia firme la auténtica verdad, y con ello al triunfo de la justicia eminentemente material sobre la formal*».

La Ley 41/2015 ha introducido dos nuevos motivos de revisión en el artículo 954 LECRIM.[20]

En primer lugar, el nuevo apartado 2º del citado precepto prevé la revisión de una sentencia firme de decomiso autónomo, cuando exista contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia penal firme que, en su caso, se dicte. Es decir, cuando la ulterior sentencia penal recaída en el procedimiento principal no considerara acreditado el hecho delictivo que justificó el decomiso.

Con este nuevo motivo de revisión se coordina la regulación procesal del decomiso autónomo prevista en los nuevos artículos 803.ter.a y siguientes LECRIM.[21]

En segundo lugar, el nuevo apartado 3º del artículo 954 LECRIM permite la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos. Dicha revisión sólo podrá ser solicitada en el plazo de un año por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este nuevo motivo de revisión era una necesidad inaplazable para dar cumplimiento a las exigencias supranacionales. Hasta hoy, nuestro régimen de recursos no preveía ningún cauce legal para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debiendo subsanarse dicha falta de previsión mediante la interpretación jurisprudencial.[22]

---

20. Introducidos por el artículo único 15 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

21. Introducidos, también, por la Ley 41/2015.

22. En este sentido, Muerza Esparza. J, en *Las reformas procesales penales de 2015*, Aranzadi, 2016, pág. 105, indica que «*el propio Tribunal Supremo como intérprete último de la legalidad ordinaria, a través de su Sala Segunda, reunida en Pleno no jurisdiccional el 21 de octubre de 2014, acordó por unanimidad que: «en tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa precisión legal para la efectividad de las Sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los Tribunales Españoles, el recurso de revisión del art. 954 de la LECrim cumple este cometido*».

5. Conclusiones

En definitiva, la reforma de nuestro régimen de recursos en el ámbito penal debe valorarse de forma positiva.

Nótese que, con la nueva regulación del recurso de apelación, por fin nuestro legislador ha iniciado un importante acercamiento hacia el cumplimiento de las exigencias europeas e internacionales en materia de doble instancia penal.

Asimismo, mediante la extensión de la casación, se ha abierto una vía para que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse sobre cuestiones que antes tenía vedadas, bien por el tipo de delito enjuiciado, bien por la escasa pena prevista.

Por último, la ampliación de los motivos de revisión de sentencias firmes permite, asimismo, que nuestro ordenamiento esté más cerca de las previsiones internacionales en materia de derechos humanos y derechos civiles y políticos y permite dar trámite a las resoluciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicte sobre sentencias españolas.

Protección y reparación de la víctima tras las reformas procesales y penales de 2015[1]

Coral Arangüena Fanego
Catedrática de Derecho Procesal y miembro del Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid

Sumario: 1. Introducción: el nuevo marco legal de protección a las víctimas. 2. Reconocimiento del derecho a la reparación del daño causado y a la intervención en el proceso penal de las actuaciones dirigidas a tal fin. 2.1. Derecho a la restitución de los bienes que les hayan sido incautados en el curso de la investigación penal, salvo en caso de necesidad impuesto por el proceso penal. 2.2. Derecho al reembolso de gastos causados con motivo de su participación activa en el proceso penal, si el sistema jurídico del país europeo lo permite. 2.3. Derecho a una decisión sobre la indemnización de perjuicios por parte del autor del delito, si el Estado lo permite en el propio proceso penal. 3. El recurso a la mediación. 4. A modo de conclusión.

1. Introducción: el nuevo marco legal de protección a las víctimas

Mi intervención en estas Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se enmarca en el bloque dedicado a la víctima, que de pariente pobre de la justicia penal se ha transformado en la nueva estrella de la escena penal. Al menos desde el punto de vista teórico y de la atención que se le ha dispen-

1. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan Nacional I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad DER2012-31549 JURI (El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea). Se corresponde en lo esencial con la ponencia impartida el 27 de noviembre de 2015 en la Universidad de Barcelona en las Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - Primer memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez. Se ha procurado respetar el tono de la presentación oral, lo que se traduce también en la reducción al mínimo de las referencias bibliográficas; para una visión más completa del tema me remito a mi trabajo precedente «El Estatuto de la Víctima», publicado en *Consejo General del Poder judicial. Cuadernos digitales de formación,* nº 37, 2015.

sado en las recientes reformas legislativas, enmarcadas en la línea seguida en las últimas décadas de «redescubrimiento» o «recuperación» de las víctimas en el ámbito del derecho y del proceso penal, dejando atrás el desdibujado papel que tradicionalmente ha ocupado en el sistema.

No hay tiempo ni es momento para analizar, ni tan siquiera enumerar, la batería de normas que en el ámbito internacional y nacional se han sucedido para conferirle este papel protagonista.[2] Sin embargo parece necesario hacer una mínima alusión a las más recientes y/o que han tenido una significativa repercusión en materia de protección y reparación a la víctima, puesto que constituyen el marco legal sobre el que centraremos nuestro análisis y comentario.

Y así habría que partir como norma más amplia y/o general de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos, implementada de manera muy generosa en nuestro Derecho por la ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima, en vigor desde el 28 de octubre. Anterior en el tiempo y centrada en un instrumento de protección específico y de particular efectividad, la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección en procesos penales, instrumento de reconocimiento mutuo transpuesto junto con otros ocho instrumentos del mismo tipo en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.[3]

Los citados textos legislativos europeo y español han dado lugar a la modificación de numerosos preceptos de la LECrim. que recogen nuevos derechos de las víctimas en el proceso penal, regulan su intervención de manera generosa (en especial posibilitando recurrir determinadas resoluciones aunque no sean parte e intervenir en la ejecución) y mejoran las medidas de protección existentes. Modificaciones realizadas en su mayoría por la propia Ley 23/2014 del Estatuto de la Víctima (LEV, en adelante), pero también por la ley 41/2015 para la

---

2. Un buen resumen de los hitos fundamentales en el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el ámbito internacional y europeo puede encontrarse en los trabajos de TAMARIT SUMALLA, J.M., «Los derechos de las víctimas», en *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la ley 4/2015* (Tamarit Sumalla, J.M. coord.), Valencia, 2015, pp.7 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección», en TAMARIT (coord.) *El estatuto de las víctimas…* op.cit., pp.158 y ss.; ORDEÑANA GEREZAGA, I., «¿Un pasito para adelante y otro para atrás? O sobre la agridulce evolución en la protección de la víctima en la Unión Europea», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer,* vol.II, Castellón de la Plana, 2015, pp. 955-998.

3. Sobre ella me remito a los capítulos que firman DE HOYOS SANCHO y RUBIO ENCINAS en la obra colectiva *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* (ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M.; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (dirs.), Cizur Menor, 2015, pp.269-319). Vid., asimismo, ARANGÜENA FANEGO, «Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* Volumen 51 (mayo/agosto 2015), pp.491-535.

agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales[4] e incluso por la ley orgánica 13/2015 para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.[5]

También ha sido modificada la ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita (por Ley 42/15, de 5 de octubre —Disposición Final Tercera—) incorporando varias novedades que redundan en beneficio de los tipos de víctimas cualificadas que categoriza;[6] en particular, víctimas de violencia de género y de terrorismo.

Igualmente ha de citarse la modificación de algunos preceptos del CP a través de la L.O. 1/2015 que de manera más o menos directa encuentran justificación en la necesidad de tutelar de manera adecuada a la víctima conjugando sus derechos con los propios fines del derecho penal orientado de manera prioritaria a la resocialización del delincuente. En este sentido ha de llamarse la atención sobre la nueva redacción dada al art. 126.3 CP estableciendo para determinados supuestos la prioridad en el pago de las costas procesales causadas a la víctima con preferencia a las del Estado. Asimismo sobre los artículos que se ocupan de la suspensión de la ejecución de la pena, cobrando una especial relevancia la reparación a la víctima como requisito para posibilitarla dentro del nuevo sistema unitario de suspensión integrado por las dos figuras tradicionales de la suspensión de la ejecución para penas privativas de libertad no superiores a dos años (en la que se valorará «en particular su esfuerzo para reparar el daño causado y se exigirá que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado para con la víctima», art. 80 CP) y la antigua sustitución de la pena privativa de libertad, hoy reconvertida en una específica modalidad de suspensión condicionada a la reparación efectiva del daño o indemnización de perjuicios o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (arts. 80.3 y 84.1.1ª CP).

Por último y enlazando precisamente con la introducción de la mediación tanto en la ley sustantiva (art. 84.1.1ª CP) como en el Estatuto de la Víctima (art. 15) aunque de manera insuficiente al estar pendiente de desarrollo

4. V.gr. información policial tras denuncia de su tramitación posterior y consecuencias derivadas, así como de la eventual incautación de efectos —284.2 y 4 LECrim.—, el apoyo a programas de atención a víctimas del delito, incluido el impulso y dotación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas como uno de los fines propios de propios de los recursos obtenidos por la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos como consecuencia de las resoluciones judiciales de decomiso —nueva disposición adicional quinta 3)—.

5. Al incluirse el fin de protección de la víctima como uno de los supuestos que pueden justificar una intervención de sus propios terminales o medios de comunicación si se previera un grave riesgo para su vida o integridad —art. 588 ter b)—.

6. Víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato, así como a sus causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima siempre que no fueran partícipes en los hechos.

reglamentario,[7] la Ley 35/2015, que ha modificado sensiblemente el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; en lo que aquí interesa, además de actualizar algunos aspectos relativos al auto de cuantía máxima (art. 13), fomenta el empleo de la mediación para las controversias que puedan surgir y establece el procedimiento a seguir a tal efecto (art. 14).

De los múltiples aspectos que trata el Estatuto de la Víctima, me corresponde ocuparme de uno que reviste singular interés: la reparación del daño causado por el delito a la víctima, y de los instrumentos con que se cuenta para procurarlo, incluida la mediación.

2. Reconocimiento del derecho a la reparación del daño causado y a la intervención en el proceso penal en las actuaciones dirigidas a tal fin

Comencemos por los aspectos relativos al propio reconocimiento del derecho a la reparación del daño causado a la víctima y de la intervención en el proceso penal en las actuaciones dirigidas a tal fin.

La reparación del daño sufrido es una cuestión central entre las necesidades de la víctima que ha de recibir una adecuada atención jurídica para procurar su efectividad. Sin ella, se dice, la víctima queda realmente estigmatizada y abandonada a su suerte.

Pese a su importancia, el Estatuto de la Víctima —norma que incorpora el catálogo general de derechos procesales y extraprocesales que le acompañan— le dispensa una regulación fragmentaria e incompleta, toda vez que no dedica una categoría propia y específica a su tratamiento; ni tan siquiera efectúa una mención expresa de este derecho entre aquéllos que califica como básicos y que enuncia y desarrolla en sus arts. 4 a 10.

Tal omisión ha sido objeto de crítica[8] sin que en su descargo pueda alegarse que se trata de un derecho ya regulado en normas específicas, como lo son el Código Penal (arts. 109 y siguientes) y la propia LECrim. (arts. 100 y siguientes),

---

7. Sin que el reciente Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, se ocupe de esta cuestión más que tangencialmente en cuanto reconoce a tales Oficinas (art. 37) la función de informar a la víctima sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, y realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

8. Así Gómez Colomer.J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, 2ª ed., Valencia, 2015, p.325.

puesto que también lo están la mayor parte de los derechos que se recogen en el Estatuto de la Víctima y no por ello se deja de reconocerlos y tratarlos en tanto en cuanto proclamados en la Directiva de base que transpone (la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001 /220/ JAI del Consejo).[9]

En efecto, la Directiva regula tres tipos de medidas de reparación totalmente diversas tanto en su naturaleza como en su alcance que pueden ser reconducidas a esta gran categoría (reparación del daño causado a la víctima).

2.1. Derecho a la restitución de los bienes que les hayan sido incautados en el curso de la investigación penal, salvo en caso de necesidad impuesto por el proceso penal

Es un derecho regulado en el art. 15 de la Directiva (completado con las explicaciones que proporcionan sus Considerandos 48 y 49)[10] que exige de los Estados miembros determinar las condiciones procesales conformes a las cuales se materializará la indicada restitución acordada por la autoridad competente.

El legislador español ha cumplido con dicha exigencia reconociendo en primer lugar y en similares términos en el art. 18 del Estatuto el derecho a la restitución de la víctima y modificando oportunamente los arts. 284 y 334 LECrim. para encajar en ellos las condiciones para hacerlo efectivo. En estos preceptos procesales se establece, en primer lugar, la obligación de la Policía de informar a la víctima de que se ha incautado de objetos de su pertenencia con el fin de que pueda recurrir en cualquier momento tal medida ante el Juez de Instrucción (sin necesidad de hacerlo por medio de Abogado) y pudiendo

---

9. Dicha Directiva 2012/29/UE constituye hasta la fecha la última de las propuestas armonizadoras de la UE dirigidas a dotar a las víctimas de un marco de garantías homogéneas a nivel de toda la Unión Europea, objetivo ligado a la consolidación del Espacio de libertad seguridad y justicia. Sobre ella vid., por todos, De Hoyos Sancho, M. «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 3 4 (2014).Para una visión general de las diversas normas generales y sectoriales adoptadas, vid. De Hoyos Sancho, M., «La armonización del estatuto de las víctimas en la UE», en Mir Puig y Corcoy Bidasolo, (dirs), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid-Barcelona, 2012, pp. 409 y ss., Vidal Fernández, B., «Protección de las víctimas en el proceso penal», en Jimeno Bulnes, M. (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Granada, 2014, pp. 153 y ss., Ordeñana Geruzaga, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español*, IVAP. Oñati, 2014, pp. 241-414; Villacampa Estiarte, C., «La protección de las víctimas en el proceso penal…», pp. 158 y ss.

10. Considerandos que inciden en la necesidad de proporcionar con carácter inmediato la restitución debida y en la extensión del derecho en idénticas condiciones a las víctimas que residan en un Estado distinto de aquel en que se cometió el delito.

formularlo oralmente, pues según la nueva regulación el recurso se entiende interpuesto cuando las víctimas expresan su disconformidad en el momento de la incautación.[11] Además y como regla general los efectos pertenecientes a la víctima del delito le serán restituidos de inmediato, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados a efectos probatorios; no obstante en este caso deberían también devolverse imponiendo a su propietario conservarlos a disposición del juez o tribunal.

2.2. Derecho al reembolso de gastos causados con motivo de su participación activa en el proceso penal, si el sistema jurídico del país europeo lo permite

Es un derecho que reconoce el art. 14 de la Directiva y que también compete a los Estados implementar mediante la oportuna legislación, precisando el Considerando 47 que entre las condiciones para el reembolso que han de desarrollar las legislaciones nacionales se deben incluir los plazos de reclamación del reembolso, cantidades fijas para gastos de subsistencia y viajes y cantidades máximas diarias por pérdida de ingresos. Tal inicial generoso alcance del derecho es matizado de inmediato en el mismo Considerando al limitar la obligación de reembolso a aquellos casos en que el proceso nacional o las autoridades nacionales competentes exijan o requieran la presencia y participación activa de la víctima en el proceso penal.

Dados los límites de la exigencia y atendido el papel que la víctima tiene en el proceso penal español, cuya presencia en calidad de parte se regula como derecho y nunca como obligación (excepción hecha de la necesidad de ejercitar la acción para la persecución de delitos privados, en tanto única parte legitimada al efecto), se comprende —aunque no se comparta—[12] que las reformas llevadas a cabo en nuestra legislación hayan sido mínimas.

---

11. Como advierte Serrano Masip, M. [«Los derechos de participación en el proceso penal», en Tamarit Sumalla, J.M. (coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos…,* op.cit, p.134], esto implica que si la medida es acordada por los funcionarios de la Policía Judicial estos deberán dejar constancia de la voluntad de las víctimas en el atestado. Además y en cuanto a la tipología de recursos a tal efecto, la autora citada considera que, en función de la procedencia de la autoridad que haya acordado la incautación discutida podría haberse acudido bien a uno de carácter no devolutivo como es el de reforma (si la decisión procediera del Juez de instrucción), bien a uno de carácter devolutivo (revisión) si hubiera sido acordada por la Policía Judicial; sin embargo, y lejos de adoptar esta solución de extender a este punto la aplicación de tales recursos ordinarios, el legislador ha optado por una modalidad de recurso «implícito» en el que no será necesario alegar los motivos que fundamenten la impugnación ni aportar documentos que la apoyen.

12. Así Tamarit Sumalla («Los derechos de las víctimas…», op.cit., pp.45 a 47) quién alerta sobre la creencia autocomplaciente de que las víctimas siempre han estado bien tratadas por el derecho español ha impedido a menudo reconocer los límites inherentes al modelo de la acusación particular; que si por una parte va mucho más allá de lo exigido en los estándares europeo respecto a los derechos de las víctimas, al vincular a éstas con el ejercicio de la potestad punitiva, por otra parte no garantiza una satisfacción adecuada a los intereses y los derechos de las víctimas que no hayan optado por esta forma de participación en el proceso. Las barreras, fundamentalmente económicas, que pueden existir

De este modo, España ha cumplido con las exigencias de la Directiva reconociendo el derecho al reembolso en el art. 14 LEV y la adicional modificación del art. 126.2 CP que establece ahora la prioridad en el pago de las costas procesales causadas a la víctima con preferencia a las del Estado en los supuestos a que se refiere el art. 14 del Estatuto; esto es, aquellos «en que se hubiera condenado al acusado a instancia de la víctima por delitos en que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación, o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima».

Se trata de una solución que, como ha sido destacado por la doctrina, no tiene como propósito alterar los fundamentos de las normas sustantivas (arts. 124 y 126 CP) y procesales (arts. 240 y 241 LECrim.) sobre reembolso de gastos y costas procesales y la consolidada doctrina sobre el pago de costas procesales a la acusación particular existente, aunque sí pretende complementarlas con vistas a incentivar y premiar la participación de la víctima en el proceso penal.[13] Tal solución se explica, de una parte volviendo la vista sobre los conocidos arts. 642 y 644 LECrim. (y 782.2 en sede de procedimiento abreviado) cuando el Ministerio Fiscal no acusa y la autoridad judicial hace uso de las facultades correctoras y de fiscalización que le confieren los citados preceptos. A ello se suma, ahora, el art. 12 LEV donde se regula con gran generosidad un nuevo modo de participación de la víctima, estableciendo la obligación de comunicar a las víctimas directas cuyo domicilio constara, la decisión de sobreseimiento (y, en caso de muerte o desaparición, a las indirectas), permitiéndoles interponer recurso sin que sea necesario la previa personación en la causa.[14] Estas previsiones del Estatuto se desarrollan de manera detallada en los modificados arts. 636 y 779.1.1ª LECrim. que indican quiénes y por qué medio pueden hacerlo. A su tenor el citado auto de sobreseimiento se comunicará a las víctimas en la dirección de correo electrónico que hubieran facilitado (y, en su defecto, por correo ordinario) sin que pueda recurrirse a la notificación por vía diplomática o consular más que si se tratara de no residentes en la Unión Europea. A

---

para que las víctimas puedan contratar los servicios privados de asistencia letrada suponen en definitiva una quiebra para el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el art. 14 CE, en la Directiva y en el art. 13 LEV.

13. Así Serrano Masip, M., «Los derechos de participación en el proceso penal», op.cit., p.140.

14. Resulta discutible, sin embargo, la previsión de la posibilidad de prescindir de la notificación a todos los familiares cuando la comunicación ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos (nada impide que sus intereses no sean coincidentes con las de otros no notificados) o (menos discutible) cuando hayan resultado infructuosas las gestiones para su localización. Como advirtió en su momento el CGPJ en su Informe al Anteproyecto, de 4 de diciembre de 2014, además de lo poco respetuosa con el derecho a la información y participación de la víctima, desde el punto de vista del imputado podrá crear una situación indeseable, sometiéndole a la revisión del sobreseimiento y archivo de la causa penal, cuando quizás ya creyera que la resolución era firme por no haber sido recurrida por las víctimas-familiares efectivamente notificadas. Así, tiempo después podría comparecer un familiar no notificado, reclamando esa notificación, porque no tuviera relación con el familiar notificado siéndole estimada su pretensión y reabriendo, entonces, los plazos para recurrir. Por ello, la falta de notificación debería limitarse solo respecto de aquellos familiares que hayan otorgado su representación al familiar notificado, sin perjuicio de la conveniencia de plantearse la limitación de los familiares que puedan ser considerados como víctimas indirectas a los efectos de esta ley.

través de esta notificación[15] se pretende brindar a las víctimas la posibilidad de personarse en la causa y poder impugnar la resolución de sobreseimiento en el caso de no estar de acuerdo con su contenido, ampliando a veinte días el plazo para hacerlo (a contar desde los cinco días de aquél en que se efectuó la comunicación), lo que en su día fue criticado desde el CGPJ en cuanto discriminatorio con el que se confiere a las partes del proceso.[16]

Esta solución prevista para los procesos ordinario y abreviado, brilla por su ausencia, en cambio cuando del procedimiento por delitos leves se trata. La novedosa regulación del sobreseimiento por razones de oportunidad que en él se establece (arts. 963.1 y 964.2 LECrim) —advierte RODRÍGUEZ LAINZ— deja en una nebulosa jurídica la posición de la víctima pues ambos preceptos no dan más participación a los ofendidos y perjudicados por el delito que la de la notificación de dicha resolución; sin que de forma explícita y clara se les reconozca legitimación para conseguir la celebración del juicio, cuando muestren su disconformidad con la decisión tomada por el fiscal y asumida por el juez de instrucción. Con el autor citado consideramos que «*lege data* debería reconocerse al ofendido por el delito la posibilidad de, recurriendo la decisión de sobreseimiento, cuestionar la decisión del Ministerio Fiscal de aplicar al caso concreto el principio de oportunidad. Estamos hablando de víctimas de infracciones penales, con un interés jurídico incuestionable para hacer valer su pretensión penal, el *ius ut procedatur*, independientemente del interés mostrado por la acusación pública por considerar adecuada o no la persecución penal de los hechos. Tal situación se ve aún más ponderada en los supuestos de infracciones perseguibles exclusivamente a instancia de la persona agraviada; donde la denuncia se convierte ya en un primer presupuesto de perseguibilidad».[17] Se trata de una solución, por lo demás, que vendría impuesta por la aplicación (aquí también) de las exigencias de la LEV.

---

15. Que se tiene por válidamente efectuada cinco días después de efectuada la comunicación.

16. Advertía el CGPJ en su Informe citado en la nota 14, que aunque la víctima no esté personada, se trata de una víctima informada, que conoce las actuaciones judiciales, teniendo acceso a las mismas en cualquier momento y que la decisión de no personarse depende de su exclusiva voluntad, por lo que, en consecuencia, deberá asumir las consecuencias de su decisión. Por ello, la ampliación del plazo para recurrir, en claro perjuicio del imputado, no puede justificarse en la falta de personación —que no va acompañado necesariamente de un desconocimiento de las actuaciones—. La crítica, como es comprobable, ha sido desatendida por el legislador. Y de este modo se produce un trato absolutamente dispar en función de quién sea el legitimado para recurrir: veinte días en todo caso para las víctimas hasta el momento no personadas, frente a los cinco de que disponen las partes del proceso ya sea para recurrir en casación y en el ámbito del proceso ordinario los autos de sobreseimiento libre de las Audiencias (arts. 636, 848 y 856 LECrim.) ya para deducir apelación frente a los autos de archivo o sobreseimiento del Juez de instructor dictados en el abreviado (art. 779.1.1ª en relación con 766.2 LECrim.). No obstante, el empleo de la conjunción adversativa que emplean ambos preceptos (*aunque* no se hubieran mostrado parte en la causa…) hace que otros autores entiendan que ese plazo ampliado de 20 días se confiere también si la víctima se encuentra personada en la causa como acusador particular (así GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «El Estatuto de la Víctima y su proyección procesal», capítulo 3 de la obra *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015,* con M. MARCHENA GÓMEZ, Madrid, 2015, pp.154 y 155.

17. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales», *Diario La Ley*, Nº 8524, 22 de Abril de 2015.

Clarificados los supuestos en que procede el derecho al reembolso, en lo que se refiere a los conceptos por los que ha de ser reembolsada la víctima conforme a las previsiones del art. 14 LEV, se amplían los contemplados en los arts. 241 LECrim. y 126 CP puesto que al reembolso de las *costas* se añade el de los *gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos.* Se pueden generar por tanto solicitudes relativas a gastos diversos entre los que podrían incluirse el de actividades previas al proceso de las que puede no quedar constancia en las actuaciones, pero indispensables para el ejercicio efectivo de sus derechos por las víctimas, como las consultas previas con un abogado o la preparación de alguna prueba.[18] Y una cuestión no resuelta por la LEV y que puede tener consecuencias perjudiciales para la víctima: no haber previsto que en aquellos casos en que, según veremos, se permite a la víctima intervenir en la fase de ejecución recurriendo determinadas resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el recurso ha de interponerse por medio de Abogado de modo que la resolución que lo resuelva deberá efectuar el consiguiente pronunciamiento sobre costas. Con el peligro existente —apuntado por Serrano Masip— de que en el caso de que el sentido del fallo sea desestimatorio las particularidades de la legislación penitenciaria y la finalidad de la ejecución de la pena puedan conducir a que se condene en costas a la víctima recurrente por considerar que ha obrado con temeridad o mala fe.[19]

Para finalizar estas consideraciones relativas al derecho al reembolso y pese a que exceden con claridad de su propio ámbito, no queremos dejar de citar la reforma operada en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) por virtud de la Ley 42/15, de 5 de octubre,[20] en cuanto se halla en la misma línea de minimizar o eximir a las víctimas de los costes que pueda entrañar su participación en el proceso facilitando y fomentando su intervención; en este caso, como parte plena activa en él. La reforma amplía todavía más los relevantes beneficios que para determinadas categorías de víctimas había incorporado en 2013 el Real Decreto-ley 3/2013 (por el que se modificó el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita[21]) poniendo el centro de atención tanto en la tipología de delitos de que han sido víctimas como en la particular vulnerabilidad que en algunos supuestos presentan y que les hace ser merecedoras de una especial atención. Ya entonces se había incorporado como beneficiarias de la asistencia jurídica gratuita, con independencia de que tuvieran o no recursos para litigar, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que

18. Ejemplos que apunta Gómez Colomer, J.L. *Estatuto jurídico de la víctima del delito…,* op.cit., p.354.

19. Serrano Masip, M., «Los derechos de participación…», op.cit., p.143.

20. Vid. su Disposición Final tercera.

21. «Adelantando en el tiempo algunas previsiones de la futura nueva regulación de Asistencia Jurídica Gratuita» según podía leerse en su Exposición de Motivos.

tuvieran vinculación, derivaran o fueran consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando fueran víctimas de situaciones de abuso o maltrato, así como a sus causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima siempre que no fueran partícipes en los hechos. Ahora con la reforma de 2015 se mejoran y potencian para las indicadas categorías de víctimas las condiciones de dicha asistencia jurídica gratuita, mediante la incorporación de tres novedades de interés:

— Por una parte y en el art. 6.1.II LAJG se reconoce que para todos esos tipos de víctimas, la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querella.

— Por otra parte en el art. 2.g) LAJG se prevé que en los diversos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de los delitos a que se refiere esta letra (terrorismo, trata de seres humanos y, en especial, en los de violencia de género) deberá ser el mismo abogado el que asista a aquélla, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa.[22]

— Finalmente se incorpora un nuevo apartado i) en el art. 2 LAJG que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita automática a las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo, en armonía con el derecho al ejercicio de la acción penal que hoy de manera expresa y con carácter general para todas las asociaciones de víctimas reconoce el art. 109 bis LECrim. (siempre que fueran autorizadas por la víctima del delito).

Tales normas se han completado además dentro del Estatuto de la Víctima —en armonía con el art. 13 de la Directiva 2012/29/UE dedicado a la justicia gratuita[23]— con la concreción y ampliación de las instituciones ante las que se

---

22. Por ejemplo, casos en que en un proceso penal en que se hubiere acordado una medida de protección de la víctima, ésta pretenda en un momento posterior que se expida una orden europea de protección al amparo de lo dispuesto en el Título VI de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

23. Queda la duda, para algunos autores, de si con ello el legislador español ha satisfecho las exigencias que en este punto plantea la Directiva cuyo art. 13 al regular el derecho a la justicia gratuita y atendida la diversidad de regímenes existentes en los Estados miembros lo vincula al supuesto de que la víctima tenga la condición de parte en el proceso; pero si disponen de tal estatuto los Estados deben garantizar el acceso a la asistencia jurídica gratuita. TAMARIT entiende que la LEV no ha ofrecido respuesta adecuada pues no introduce ningún cambio relevante y la situación de desigualdad entre las víctimas permanece («Los derechos de las víctimas…», op.citpp.46 y 47). No obstante y pese a lo poco generoso que en este punto ha sido el legislador español, no puede decirse que haya incumplido con las exigencias de la Directiva; los amplios términos del art. 13 se encuentran matizados en el propio precepto que liga la garantía del derecho que el Estado debe proporcionar a las condiciones de desarrollo que disponga su legislación interna, siendo ilustrativa la lectura de los Considerandos 20 y 47 para deducir que no se establece en la Directiva la obligación para los Estados de extender la gratuidad de la asistencia a todas las víctimas que quieran hacer uso de su derecho a ser parte en el proceso.

podrán presentar las solicitudes de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita extendiéndose a las Oficinas de asistencia a la víctima (art. 16 LEV) que deberán remitirlas al Colegio de Abogados que corresponda, según indica el art. 21.4 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

2.3. Derecho a una decisión sobre la indemnización de perjuicios por parte del autor del delito, si el Estado lo permite en el propio proceso penal

Este derecho, acogido por el art. 16 de la Directiva, tiene su reflejo en el art. 11 LEV («Participación activa en el proceso penal») cuyo apartado a) recoge el derecho de la víctima a ejercitar además de la acción penal la acción civil conforme a lo dispuesto en la LECrim. Igualmente ha de citarse el art. 5.1. que al enunciar los extremos sobre los que la víctima tiene derecho a ser informada desde el primer contacto con las autoridades competentes, incluyendo el momento previo a la interposición de la denuncia menciona en su apartado e) las indemnizaciones a las que pueda tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.

Más allá de lo anterior, nada se dice en el Estatuto[24] pues el legislador español ha considerado suficiente la regulación vigente para cumplir con el mandato de la Directiva, al margen de alguna modificación adicional y de tipo técnico en la LECrim. para clarificar debidamente los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción civil—art. 110 LECrim.—. Recordemos que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal se apuesta por una acumulación de la acción civil a la penal, salvo reserva (o renuncia) expresa y conferir una legitimación extraordinaria del MF para ejercitar la pretensión civil de resarcimiento.[25] Sin entrar ahora a valorar las razones justificativas del sistema y el acierto o no de su man-

---

24. Excede con mucho del objeto de esta intervención ocuparnos de la problemática que entraña el derecho a la indemnización de «víctimas transfronterizas»; a tal efecto es obligado citar aquí la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre Indemnización a las Víctimas de Delito, sobre la cual puede consultarse García Rodríguez, M.J., «Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema Europeo de indemnización a las víctimas de delitos», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 1980-1981, 2005, págs. 7-32. A tener en cuenta, asimismo, la ley española 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE cuyo título IX transpone la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, relativa a la aplicación de del principio de reconocimiento mutuo a las sanciones pecuniarias (para cuyo análisis, nos permitimos remitir a los capítulos que firman C. Arangüena Fanego y F. Ruiz Yamuza en la obra colectiva *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea…* cit., pp. 441-503).

25. Se habla de que con ello se produce una verdadera «publificación» de los intereses privados de la víctima; es decir, el MF lleva a cabo esta función al entender el estado que la reparación al perjudicado por el delito se configura como una función propia del proceso penal, junto con la imposición de la penal por lo que se ve obligado a intervenir en defensa del interés privado de la víctima como resultado del ejercicio de un interés público en la protección a las víctimas de delitos.

tenimiento en el momento actual, sí queremos advertir de algunas disfunciones que su regulación provoca.

Por una parte, es sobradamente conocido que un problema fundamental a la hora de que la víctima pueda alcanzar una indemnización económica del ofensor proviene de la incapacidad —originaria o sobrevenida; real o simulada— de éste para hacer frente al desembolso económico necesario. Y el tratamiento que nuestra legislación efectúa de la insolvencia del infractor dista de ser satisfactorio, con las consiguientes consecuencias negativas para la pretensión de resarcimiento de la víctima.[26]

La obsolescencia de los escasos preceptos que la LECrim. dedica directa o indirectamente al efecto (arts. 590 y ss.) es más que evidente. Cierto es que se establece la obligación del Juez de Instrucción previa a la apertura del juicio oral, de declarar la solvencia o insolvencia del imputado para, en el primer caso, proceder al embargo de sus bienes —si no afianza suficientemente las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse— y, en segundo lugar, proceder eventualmente contra los bienes de los terceros responsables civiles subsidiarios. Sin embargo la LECrim. no contiene precepto alguno sobre la conducta a seguir en el supuesto de que no se encontraran bienes en el acto del embargo, sin que las soluciones empleadas en la práctica de tomar declaración a uno o más testigos, a veces presentados por el propio imputado o responsable, y de manifestar que estos carecen de bienes e incluso la actuación del propio Instructor de dirigirse a Registros (Registros de la Propiedad, de Bienes Muebles, Jefatura de Tráfico) y Organismos públicos (Tesorería General de la Seguridad Social, INEM, etc.) a través del Punto Neutro Judicial para averiguar la existencia de bienes o derechos sobre los que trabar embargo, haya dado resultados significativamente satisfactorios.

Hay que apuntar, no obstante, que se han producido algunas novedades en materia de derecho penal sustantivo que pueden tener repercusiones positivas cara a la efectividad de este derecho de la víctima.

Ha de citarse así el art. 258 CP que tipifica y sanciona la conducta de aquel que en un procedimiento de ejecución presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

---

26. Dejamos aquí al margen la existencia para las víctimas de determinados delitos de un eficaz sistema de ayudas económicas con cargo al Estado que evitan o palían en buena medida los referidos obstáculos (v.gr. Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo; Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE 12/12) y Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, que reglamenta su aplicación).

Asimismo la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena[27] sobre la que ya advertimos al inicio de esta intervención, que al condicionarse a la satisfacción efectiva de la responsabilidad civil puede convertirse en un acicate para la inmediata y debida reparación (art. 80 CP). Sin que sea suficiente el mero compromiso que ahora se somete a plazo, valoración y garantías; también para acordar la suspensión excepcional de penas privativas de libertad que individualmente no superen los dos años a que se refiere el art. 80.3 CP y que se supedita a la satisfacción de la responsabilidad civil o a cumplir el acuerdo de mediación que se haya alcanzado. Y asimismo para la antigua sustitución de la pena privativa de libertad, hoy reconvertida en modalidad de suspensión[28] condicionada a ciertas «prestaciones o medidas», siendo la primera de las que se citan «el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación» (art. 84.1.1ª CP). Y todo ello se refuerza con la posibilidad de revocación por el juez de la suspensión acordada si se incumpliera el compromiso a que hubiera sido condenado (art. 86.1º.d CP).

Además de la problemática referida relativa a las dificultades para hacer frente a la insolvencia (real o presunta) del responsable, hemos de tener en cuenta que el sistema de ejercicio acumulado de acción civil a la penal cara a la satisfacción de la víctima quiebra en el caso de que el acusado sea absuelto, volviéndose en contra de los intereses de aquélla. Recordemos que el art. 116 LECrim. establece que en el caso de extinción de la acción penal, la persona a quien corresponda podrá ejercitarla, pero únicamente a través de la vía civil; no existe pues la opción a que, fracasada la acción penal, el tribunal se pronuncie sobre posibles responsabilidades civiles que puedan derivar del hecho (que puede haber sido considerado ilícito, a pesar de la absolución del imputado), con la única excepción de que la absolución obedezca a haberse apreciado la concurrencia de una eximente de las previstas en los núms.1º,2º,3º,5º y 6º del art. 20 CP, caso en que en virtud de lo prevenido en los arts. 118 y 119 CP «el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda». En el resto de los casos la sentencia penal no vincula al juez civil, a no ser que contenga una declaración relativa a la inexistencia del hecho.[29] Esto trae como consecuencia la inutilidad de todas las actuaciones realizadas y la

27. Es llamativo que en esta materia (suspensión de la pena) se han introducido relevantes modificaciones en el CP que no han tenido el correspondiente reflejo en la LECrim. Tras la reforma del art. 82 CP la suspensión de la ejecución de la pena se deberá resolver en la propia sentencia siempre que sea posible (sin que, como hasta entonces, tal posibilidad estuviera limitada a los casos de conformidad, art. 787.6 LECrim.); sólo de no resultar posible se resolverá entonces por auto.

28. Aunque se habla de una modalidad de sustitución «disfrazada».

29. Caso en que la firmeza de tal resolución penal producirá la extinción de la acción civil (art. 116 LECrim.).

consiguiente incomodidad para la víctima a la hora de lograr su resarcimiento pues se ve ahora remitida al proceso civil. Sería mucho más conveniente tanto para el interés de la víctima como para los principios de economía procesal que inspiran el sistema español de acumulación de acciones que acordada la absolución del encausado, el tribunal se pronunciase, acto seguido, sobre la eventual responsabilidad civil sin desaprovechar así toda la actividad realizada.

El Estatuto de la Víctima constituía una ocasión de oro para acoger en sentido generoso los postulados de la Directiva y desde ahí, haber incorporado la correspondiente modificación de los preceptos procesales para hacer posible la solución apuntada. Lejos de ello ha mantenido inmutables las disposiciones que regulan el ejercicio de la acción civil en el proceso penal encaminadas al objetivo de la restitución y/o resarcimiento y que dependen del resultado condenatorio indicado.

El único caso en que nuestra legislación vigente atempera en buena medida esta solución, al margen de la excepción citada de sentencia absolutoria por concurrencia de eximente, es el caso de los delitos contra la seguridad vial con el auto de cuantía máxima que además ha sido modificado en fecha relativamente reciente. En concreto ha sido la Ley 35/2015, que ha modificado sensiblemente el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Al margen de las reformas que plantea en orden al modo de cuantificar los daños sufridos por la víctima (mejorando su valoración y protección), en lo que aquí importa pueden destacarse estas dos cuestiones: las novedades en materia de auto de cuantía máxima y la introducción de la mediación como procedimiento idóneo para solventar eventuales controversias.

En primer lugar y en cuanto al auto de cuantía máxima,[30] se modifica el art. 13 del texto Refundido que limita ahora su dictado a los casos de sentencia absolutoria[31] y la condiciona a que preceda instancia de parte. En segundo lugar, se fomenta la mediación para las controversias que puedan surgir, y a tal fin se introduce un nuevo art. 14 en el Texto Refundido, que faculta a las partes a acudir a tal procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, confiriendo al perjudicado la legitimación para solicitar el inicio de una mediación, en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento que hubiera

30. Vid. sobre esta figura la obra de Martín Pastor, J., *El auto de cuantía máxima,* Madrid, 2013.

31. A los que añade los de fallecimiento en accidente de circulación en los que también se dictará auto que determine la cantidad máxima a reclamar por cada perjudicado, a solicitud de éste, cuando recaiga resolución que ponga fin, provisional o definitivamente, al proceso penal incoado, sin declaración de responsabilidad.

recibido la oferta o la respuesta motivada o los informes periciales complementarios si se hubieran pedido.

Finalmente hemos de advertir de una última novedad legislativa que a diferencia de las anteriores que hemos indicado, puede incidir de manera negativa sobre el derecho a la obtención de la debida indemnización por las víctimas del delito. Me refiero a la reforma producida en materia de prescripción de la acción civil por virtud de la Ley 42/2015 que al modificar el plazo general de prescripción de las acciones personales previsto en el art. 1964 CC ha tenido como indeseable consecuencia derivada la disminución de 15 a 5 años del plazo de prescripción de la responsabilidad civil *ex delicto.*[32]

3. El recurso a la mediación

La reparación del daño e indemnización de perjuicios, así como la restitución de bienes a que anteriormente me he referido, disponen ya de un cauce adicional, complementario y específico para su logro: la mediación penal (y demás instituciones de justicia reparadora), previstas en el art. 12 de la Directiva 2012/29/UE y que han tenido inmediata acogida en el Estatuto de la Víctima.

En efecto, la necesidad de encontrar soluciones satisfactorias para una adecuada reparación a la víctima de los daños derivados del delito ha propiciado el recurso a la mediación como un instrumento que puede contribuir a paliarlos por medio de la búsqueda de un espacio adecuado para la resolución de las necesidades de la víctima que no siempre se agotan en la obtención de una reparación de tipo pecuniario.[33]

---

32. Vid. sobre esta novedad Roca de Agapito, L., «La prescripción de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre», en *Diario La Ley*, nº 8675 de 5 de Enero de 2016.

33. Se dice que con la mediación como instrumento de la justicia reparadora se consigue un triple objetivo: pacificación del conflicto, reparación adecuada a la víctima y responsabilización del autor. En el proceso penal el beneficio para la víctima se plasma en buena medida en la reparación; para el victimario, en la posibilidad de lograr por medio de la reparación que juegue la atenuante del art. 21 CP, además de procurar una sentencia de conformidad. Aplicación de pena atenuada y suspensión o sustitución de la condena. Pero para ello es necesario sentar de manera taxativa una metodología de la mediación intrajudicial que surta efectos en la posterior negociación jurídica tendente a conseguir cualquiera de los resultados procesales pretendidos y anteriormente enunciados, lo que no se encuentra regulado por el legislador que se limita a reenviar o a mencionar como posible tal posibilidad pero sin desarrollarla debidamente (como debería por consecuencia de lo prevenido en la Directiva 2012/29/UE). La mediación, según los casos podría permitir: una sentencia condenatoria en la que se recoja la conformidad del acusado o una resolución acordando el sobreseimiento y archivo de la causa cuando se ha pronunciado la reparación del daño y la satisfacción de la víctima acordada en mediación. Sobre este tema existe un gran número de estudios que se ocupan de esta cuestión; entre ellos vid. por su carácter completo el de Barona Vilar, S. *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico,* Valencia, 2011; vid. asimismo entre las publicaciones más recientes Jimeno Bulnes (¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley* nº 8624, de 14 de octubre de 2015) que incluye una amplia bibliografía sobre el particular.

La Ley del Estatuto de la Víctima ha sido la norma que regula por vez primera en el proceso penal de adultos[34] la mediación. Y lo hace aunque de manera algo tímida (art. 15 LEV), en armonía con los términos de la Directiva 2012/29/UE en este punto de la que se ha dicho que, frente a su predecesora (la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI) rebaja el nivel de exigencia en orden a la regulación de esta institución penal pues no obliga a los Estados miembros a impulsarla ni exige, siquiera, la toma en consideración de los acuerdos reparadores a que hayan llegado las partes. Sus disposiciones se limitan a exigirles que faciliten la derivación de casos penales, si procede, a los servicios de justicia reparadora, regulando, para ello, el correspondiente procedimiento o las condiciones a observar (art. 12.2) que deberá atender, en todo caso, a una serie de requisitos mínimos; entre ellos la existencia de un consentimiento libre e informado de la víctima.

El Estatuto de la Víctima es bastante parco en este punto, limitándose a reconocer en el art. 15 el derecho a acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral y a enunciar para la mediación, método de justicia restaurativa por el que parece aportar la LEV, unos requisitos mínimos;[35] aunque difiere su efectividad a un desarrollo reglamentario que todavía no se ha producido.

Se trata de previsiones acertadas pero demasiado escuetas y cuya insuficiencia a fecha actual es especialmente criticable habida cuenta, como hemos adelantado, de que el legislador penal sustantivo ha introducido la mediación o más bien el cumplimiento del acuerdo logrado en mediación penal como una regla de conducta que posibilita en determinados supuestos la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, si bien lo lógico hubiera sido que tal novedad viniera acompañada por una legislación procesal que le diera cobertura, cosa que hasta el momento no se ha hecho más allá de las limitadas previsiones del Estatuto de la Víctima ya aludidas. Probablemente el problema estaría resuelto si hubiera salido adelante la reforma de la LECrim proyectada en 2013 pues en los arts. 143 a 146 y concordantes de la Propuesta de texto articulado de LECrim.[36] se establecían las condiciones para desarrollar la me-

---

34. Es la primera ley que regula la mediación en marco del proceso penal de adultos. En el ámbito de la legislación de menores, en cambio, la regulación cuenta ya con muchos años de rodaje.

35. Reconocimiento de los hechos esenciales por el infractor y consentimiento a la mediación (que podrá ser revocado en cualquier momento); Consentimiento informado de la víctima (revocable); Ausencia de riesgo para la víctima; No esté prohibida para ese tipo de delito en concreto; Procedimiento confidencial y los profesionales que lo desarrollen están sujetos a secreto profesional.

36. Elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 y disponible en la web del Ministerio de Justicia http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292387342364?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_texto_articulado_L.E.Crim..PDF (última consulta, 20 de enero de 2016).

diación si bien en numerosos extremos (v.gr. principios informadores, estatuto del mediador, fases del procedimiento) se remitía a la Ley 5/2012,de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. De ahí que algunos autores hayan considerado que una vez sabido que la Propuesta de reforma procesal penal no vería la luz, la solución hubiera sido que el propio Estatuto de la Víctima efectuara tal remisión a la Ley 5/2012 para completar así la insuficiente regulación que incorpora.[37]

La doctrina penal no ha sido especialmente receptiva a esta novedad,[38] pues además de la insuficiencia de la regulación ha criticado la expansión al ámbito de la suspensión de uno de los fallos más graves del sistema penitenciario: el hecho de vincular mejoras para el infractor forzando su participación en dinámicas aparentemente correctoras, consistan éstas en el sometimiento al tratamiento o, como ahora nos ocupa, a la mediación.[39]

Tampoco en el ámbito procesal ha sido acogida con especial entusiasmo; sobre todo al ponerla en relación con el relevante (y discutible) papel que se va a dar a la víctima en la fase de ejecución penal donde se le permite recurrir determinados autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria[40] y que sin embargo y sorprendentemente no tiene participación alguna en el momento de decidir sobre la suspensión de la condena,[41] salvo este limitado supuesto que se acaba de mencionar. Supuesto que en realidad parece estar pensado exclusivamente para aquellos casos en que se haya alcanzado un acuerdo que pueda conducir al dictado de una sentencia de conformidad[42] en cuyo seno se pronunciará el

---

37. Así, por ejemplo, García Rodríguez, M.J., «Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el Sistema de Justicia Penal», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2174 (enero 2015), pp.33 y 34.

38. Más allá de algunas excepciones, entre las que destaca Tamarit Sumalla firme defensor de la introducción de introducción de formas de justicia reparadora en la ejecución penal (vid., por ejemplo, de este autor «La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: una respuesta al rearme punitivo?», *RGDP*, n.º 1, mayo 2004.

39. Así Castañón Álvarez, M.J y Solar Calvo, P., «Estatuto de la víctima: consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015», en *Diario La Ley,* Nº 8685, 20 de Enero de 2016.

40. Que entre otros extremos le permite recurrir determinados autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria sin necesidad siquiera de haber sido parte en la causa de origen (art. 13 LEV). No me detendré sobre este punto al haber una ponencia en esta Mesa sobre el tema; no obstante, permítaseme remitir a mi trabajo precedente «El Estatuto de la víctima», cit., y, especialmente, al publicado también en los cuadernos digitales de formación CGPJ «Estatuto de la víctima. Incidencia en la ejecución penitenciaria».

41. No se entiende cómo se han introducido novedades desconocidas hasta la fecha en nuestra legislación procesal y aún en la de los demás Estados Miembros de la UE y no exigidas por la Directiva 2012/29/UE ni amparadas por ningún derecho constitucional como la intervención que se le da —si así lo desea— en fase de ejecución para recurrir determinadas resoluciones del Juez de Vigilancia, y en cambio se omita hacer lo propio con actuaciones previas más justificadas como ser oída previamente a la conformidad o en la eventual suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (o permitir incluso que recurra tal suspensión).

42. Acuerdo que precisamente puede haberse alcanzado en el seno de un procedimiento de mediación abierto en un proceso penal. Véase al respecto el «Protocolo de Mediación Penal « elaborado por el CGPJ y que integra la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* (pp.88 a 122), en el cual se determina el *iter* procesal que ha de seguirse hasta desembocar en una sentencia de conformidad en función del tipo de proceso y fase procesal en

Juez sobre la suspensión, en el sentido que determina hoy el art. 82.1 CP y que no ha tenido, por cierto, el adecuado reflejo en la LECrim.

Pues en la modalidad «ordiaria» de suspensión el pronunciamiento sobre la concesión o denegación de tal beneficio deberá efectuarse, por el juez o tribunal que haya dictado la sentencia definitiva —salvo supuestos de sentencias dictadas por los jueces de instrucción, o de circunscripciones en las que existan juzgados a los que se haya atribuido funciones ejecutorias—, tras la firmeza de la sentencia, *oídas las partes* y en forma de auto (art. 789 LECrim). En sentido restrictivo, debe considerarse que el término «partes» no comprende a los ofendidos o perjudicados cuando no se encuentren personados, ya que cuando la Ley quiere incluir a los mismos, como en los trámites de informar de la fecha y lugar de celebración del juicio (art. 785.3 LECr.), o de notificación de la sentencia (art. 789.4 LECr.), lo establece expresamente.

4. A modo de conclusión

Para concluir esta intervención, traemos aquí algunas dudas que se nos siguen suscitando a la hora de responder a la pregunta que se formula en esta mesa en la que intervengo: si con las reformas realizadas se protege realmente a la víctima.

Con carácter general y desde el punto de vista de la protección de la víctima, las reformas de 2015 han de considerarse positivas pues se han redoblado los esfuerzos dirigidos a este objetivo, mejorando sensiblemente la información y ampliando las medidas de protección tanto «internas» (v.gr. Art. 544 ter reformado y nuevo art. 544 quinquies LECrim.) como «externas o transnacionales» con la orden europea de protección que regulada por la Directiva 2011/99/UE ha sido transpuesta (junto con otros instrumentos de reconocimiento mutuo) por la Ley 23/2014. Sin olvidar otras medidas contenidas en el Estatuto de la Víctima (protección de la intimidad, límites a la publicidad, posibilidad de preconstitución probatoria para las declaraciones de determinadas víctimas, potenciación de la Oficinas de atención a la víctima, etc…) o en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Desde el punto de vista de la reparación del daño causado, la regulación (aunque tímida) de la mediación, como instrumento para procurarla ha de ser bien recibida; también las reformas operadas en el CP que directa o indirectamente pueden conducir a lograr aquél objetivo (tipificación de la información incompleta o mendaz sobre bienes a efectos de embargo; estímulos a una pronta y completa satisfacción de la responsa-

---

que se haya producido la derivación a mediación y fase procesal, el modo de discurrir hasta el dictado de la sentencia de conformidad

bilidad civil o del acuerdo alcanzado en mediación para lograr la suspensión de la condena).

Ahora bien; cuando la víctima «estorba» para los objetivos de eficacia y celeridad del proceso, se prescinde de ella. Por ejemplo, adviértase cómo se hacen muchos «guiños» en la fase de ejecución (entre otras cosas para acallar las voces de determinadas asociaciones de víctimas), mientras que algunas cuestiones importantes siguen gestionándose a espaldas de las víctimas no personadas, imposibilitándoles recurrir su solución (v.gr. conformidades alcanzadas sin intervención alguna de la víctima; o los nuevos procesos por delitos leves y por aceptación de decreto, en los que el juego del principio de oportunidad que se deja en manos del MF se concibe precisamente si no se ha constituido en parte el perjudicado sin que se reserve ningún papel relevante a la víctima).

Es pronto en cualquier caso para hacer una valoración de los resultados de las últimas reformas penales y procesales. Está por ver que con el nuevo Estatuto de la Víctima y reforma procesal que incorpora y a la que se suma la producida por la L.O.1/2015 puedan atajarse los males de nuestro proceso penal. Especialmente teniendo en cuenta que su disposición adicional segunda veda el incremento de dotaciones de personal y de retribuciones, algo que merece un serio reproche pues de poco puede servir el Estatuto si su contenido se pretende implementar a coste 0, especialmente teniendo en cuenta que muchas de las novedades que incorpora pasan por una mínima aunque necesaria inversión en recursos humanos y materiales o, al menos, por una adecuada optimización de los existentes.[43]

43. Véase, al respecto, la obra de Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*, Barcelona, 2015, cuyo estudio le lleva a la conclusión de que el principal problema de la justicia española no es tanto de recursos, como de deficiente organización

Consideraciones sobre la participación de la víctima del delito en el proceso penal[1]

Elena Guixé Nogués
Profesora titular de Derecho procesal UB

Sumario: 1. Introducción. 2. Los problemas de interpretación que puede comportar la introducción del concepto víctima y los actuales artículos 109, 109 bis y 110 LECrim. 3. La comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima y los arts. 636 y 779, regla 1ª del apartado 1º LECrim. 4. Participación de la víctima en la ejecución. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito —en adelante, LEVD-introduce un concepto unitario de víctima del delito, más allá de su consideración procesal, y pretende ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos.[2]

El antecedente mediato de la misma, se encuentra en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo,[3] que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal y es el germen de la Directiva 2012/29/UE

1. Contribución a las Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en Memoria del Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez. El presente trabajo se ha beneficiado de la siguiente ayuda a la investigación I + D: *«Seguridad jurídica y eficacia de la justicia (puntos críticos de las reformas procesales con la perspectiva añadida de derecho comparado)»*. DER2013-42159-P

2. No obstante, caben remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especial vulnerabilidad o con especiales necesidades. Ver apartado III Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril (BOE 28 de abril de 2015).

3. Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DOCE, L 82, de 22 de marzo de 2001.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012,[4] por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Según el Preámbulo de la Ley, el texto aprobado pretende ser más ambicioso que la citada Directiva, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española. Y, efectivamente, supera en mucho el contenido de la Directiva, al menos en los aspectos que vamos a tratar en el presente estudio.

Me centraré en los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, regulados en el Tit.II. En concreto, me referiré, primero, a los problemas que puede comportar la introducción de un concepto delimitado de víctima en la LECrim, muy en particular, respecto al ejercicio de la acción penal; seguidamente, trataré los derechos de comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima; y, por último, entraré en el derecho de participación de la víctima en la ejecución.

Dado el carácter limitado de la presente aportación, obviaré otros temas de gran interés como el acceso de la víctima a los servicios de justicia restaurativa o el reembolso de gastos y la devolución de bienes a la víctima. Así, como también, y por la misma razón, omitiré toda referencia a otros derechos de la víctima, de evidente importancia, desde el punto de vista procesal, como son los relativos a la protección de la víctima en el proceso, regulados en el Tit. III de la Ley.

Para abordar los aspectos objeto de estudio me basaré, principalmente, en las disposiciones de la LEVD pero, haré referencia, también, a la Directiva 2012/29/UE; al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito, de 24 de octubre de 2013;[5] y a los preceptivos Informes al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado.[6]

---

4. Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, DOUE, L 315, de 14 de noviembre de 2012.

5. En http://www.procesoygarantias.org/attachments/article/65/APLO_ESTATUTO_V%C3%8DCTIMA_-_CM_25-10-2013V.PDF.pdf (Consulta 19/11/2015)

6. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito (ALOEVD), aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 31 de enero de 2014. Y, voto particular, en Nota de Servicio Interior del CGPJ de fecha 3 de febrero de 2014. Disponibles en www.poderjudicial.es
Informe del Consejo Fiscal al ALOEVD de 14 de noviembre de 2013, disponible en www.fiscal.es
Informe del Consejo de Estado al ALOEVD de 29 de mayo de 2014, www.BOE.es. Documento CE-D-2014-360. Disponible en www.consejo-estado.es

2. Los problemas de interpretación que puede comportar la introducción del concepto víctima y los actuales artículos 109, 109 bis y 110 LECrim

La Ley 4/2015 no se limita a regular el Estatuto de las víctimas sino que lo introduce en la LECrim, a través de modificaciones a la misma operadas por la Disposición Final Primera. De ahí que, deba referirme, en primer lugar, a los problemas de interpretación que plantea la introducción en la LECrim de un concepto delimitado de víctima que no encaja con el de ofendido o perjudicado que manejábamos —principalmente— hasta el momento.

Es cierto que la LECrim empleaba ya el término víctima en algunos artículos pero lo hacía paralelamente o equiparándolo al de ofendido o perjudicado, reconociéndole determinados derechos de los que, ahora, —precisamente por que no coinciden— puede verse privado el ofendido o perjudicado no víctima.[7]

¿Era ésta la voluntad del legislador al dotar de un Estatuto Jurídico a la víctima del delito? No podemos afirmarlo ni descartarlo por completo, en especial, atendiendo al contenido de los Informes al Anteproyecto a que acabamos de hacer referencia y que conocía, perfectamente, el legislador. No obstante, lo que parece indiscutible es que la absoluta falta de técnica jurídica y la introducción de constantes modificaciones parciales a la LECrim, sin las oportunas concordancias, podrían conducir a tal resultado y, sin duda, a importantes problemas de interpretación.

El art. 2 de la LEVD establece el concepto general de víctima, distinguiendo entre víctima directa e indirecta, siendo, la primera, toda persona física[8] que ha sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio causado por la comisión de un delito; y, la segunda, una serie de familiares de la víctima

---

7. Sirva de ejemplo el art. 785.3 LECrim que prevé que «*En todo caso, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, el Secretario deberá informar a la víctima por escrito de la fecha y hora de celebración del juicio*».

8. Comentar que el ALOEVD, en su primera versión (de fecha 24 de octubre de 2013), considera víctima directa «*a todos aquellos que hayan sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o un perjuicio económico directamente causados por la comisión de un delito*». Se refiere a «*todos aquellos*» evitando el término persona física. El Informe del CGPJ al Anteproyecto, cit. pág.19 y 20, defiende la exclusión de las personas jurídicas del concepto víctima y concluye que «*Debería limitarse el concepto de víctima exclusivamente a las personas físicas, tal como se contempla en la Directiva objeto de transposición*».
Fue, en la segunda versión del Anteproyecto (de fecha 26 de marzo de 2014), cuando se introdujo dicha precisión, acorde con el Informe del CGPJ, con lo establecido en el Derecho de la Unión desde la Decición Marco 2001/220/JAI, interpretada por el Tribunal de Justicia en el asunto Dell'Orto, Sentencia de 28 de junio de 2007 (Asunto C-467/2005), TJCE 2007\178, donde se consideró que «*el concepto de «víctima» a efectos de dicha Decisión marco no incluye las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro*». Y, muy en particular, acorde con el art. 1.a).i) de la Directiva 2012/29/UE.

o personas con análoga relación —que el precepto enumera— en los casos de muerte o desaparición de una persona causada directamente por un delito.[9]

Esta definición excluye del concepto víctima a las personas jurídicas, a otros entes sin personalidad o al propio Estado que pueden ser ofendidos o perjudicados por el delito.[10] Es cierto que muchos de los derechos procesales y, muy especialmente, extraprocesales reconocidos a la víctima en la LEVD son propios de las personas físicas pero, esto no impide que, ciertos derechos, puedan ser reconocidos —como hasta ahora— a las personas jurídicas, en especial, los referidos a su participación en el proceso.

Ofendido por el delito es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, de ahí que puedan serlo tanto las personas físicas como las jurídicas puesto que son titulares de derechos e intereses. Normalmente, coinciden ofendido y perjudicado por el delito aunque, no siempre, sea así. Perjudicado es quien sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo.[11] La LECrim no ha delimitado con precisión ambos términos y ha tendido a emplearlos de modo indistinto y, así también, lo ha hecho la práctica judicial. Aunque, no han faltado quienes han entendido que, en sentido técnico preciso —y respecto de la posibilidad de ejercicio de la acción penal—, «sólo debería poder actuar como acusador particular el ofendido por el delito, no el perjudicado por el mismo, quedando éste reducido a convertirse en acusador popular».[12]

---

9. Art. 2 LEVD. Ámbito subjetivo. *Concepto general de víctima*.
«Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:
a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.
b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los resposables de los hechos:
1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.
2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.
Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito».

10. Vid. Informe del Consejo de Estado, cit., pág. 56. *«El mantenimiento de la noción de 'perjudicado', de extensión más amplia que el concepto de 'víctima', resulta indispensable, por ejemplo, para garantizar la tutela de los derechos de las personas jurídicas que sean sujetos pasivos de una infracción penal. La exclusión de las personas jurídicas del concepto de víctima del artículo 2 del Anteproyecto y, por ende, del ámbito de aplicación del futuro estatuto, es, como ya se ha indicado, conforme a la regulación europea, pero ello no implica que la norma nacional no pueda garantizar a las personas jurídicas cierta protección; en particular, la posibilidad de personarse en el proceso penal».*

11. Según Armenta Deu, Teresa, *«Lecciones de Derecho Procesal Penal. (Octava edición)»,* Marcial Pons, Barcelona, 2015, pág. 99, *«En ocasiones cabe diferenciar entre ofendido y perjudicado, como en el supuesto típico del homicidio»*.

12. Por todos Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J.l., Montón Redondo, A., Barona Vilar, S., *«Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal.* 22ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y 87.

No obstante, mayoritariamente, la distinción entre el ejercicio de la acción particular y la acción popular y lo que ello comporta en cuanto a requisitos subjetivos, objetivos y de actividad, se ha basado en el hecho de ser o no ofendido o perjudicado por el delito. A partir de ahora, tal vez, la distinción provenga de ser o no víctima del mismo.[13]

Según el art. 11 LEVD la víctima tiene derecho a ejercer la acción penal y la civil conforme a las disposiciones de la LECrim. Esto no comporta ninguna novedad pues, en España, la acción penal es pública —art. 101 LECrim— y cualquier ciudadano español puede ejercitarla mostrándose parte en la causa sea como acusador particular o como acusador popular. Se limita —el artículo— a reconocer a las víctimas un derecho que ya tenían y no excluye el ejercicio de tal derecho por otros ofendidos o perjudicados.

El problema se plantea debido a la modificación de los art. 109 y 110 LECrim —en los que basábamos la distinción entre acción particular y acción popular— operada por la Disposición Final Primera LEVD —números uno y tres— que, además, introduce un nuevo artículo 109 bis —en el número 2 de la DFPrimera—.

El actual art. 109, regula la obligación por parte del Secretario Judicial —hoy Letrado de la Administración de Justicia—, en el acto de recibirse declaración por el Juez al *ofendido*, de instruirle del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no al ejercicio de la acción civil.[14]

Por tanto, el ofendido —concepto que engloba a la víctima y a quien no lo es— será instruido de su derecho a mostrarse parte en el proceso penal y a ejercitar, a su vez, si lo desea, la acción civil.

El artículo, no detalla nada más. Será el nuevo art. 109 bis.1 LECrim el que establece que las *víctimas* del delito podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito.[15] En caso de muerte o

---

13. Como veremos, la introducción del concepto víctima en la LECrim y sus consecuencias no son fortuitos. Los preceptivos informes al Anteproyecto se refieren a dicho particular y, el legislador, ha optado por considerar algunas observaciones y hacer caso omiso de las demás.

14. Debemos destacar la importancia del ofrecimiento de acciones que regula el art. 109 LECrim pues, en el supuesto de omitirse, cuando se intentara una personación tardía, podría considerarse que origina en el ofendido una situación de indefensión cuyo remedio sería decretar la nulidad de las actuaciones prevista en el art. 238 y ss. LOPJ. Así, en alguna Sentencia del TS. Vid, Infra, nota 20.

15. El art. 109 bis del Anteproyecto confiaba a las víctimas del delito el derecho a ejercer la acción penal en cualquier momento *antes de la apertura del juicio oral*. Finalmente, no prosperó esta modificación que sólo afectaba a la víctima y se mantuvo la posibilidad de personación hasta el trámite de calificación del delito —coincidente con la regulación mantenida hasta el momento en el art. 110 LECrim—. Según el Informe del Consejo de Estado, cit., pág.57, *«si la voluntad del Anteproyecto es extender el límite temporal de la personación de la víctima a un momento procesal posterior (antes de la apertura del juicio oral), podría hacerse respecto a todos los perjudicados, sean o no víctimas en el sentido de la Directiva, lo que permitiría seguir regulando esta cuestión en un único precepto»*.

desaparición de la víctima igual derecho ostentará la víctima indirecta. En algunas resoluciones del TS —que no compartimos— se ha entendido que las previsiones del artículo 110 LECrim —anterior a la LEVD— han sido dejadas sin efecto por el contenido del artículo 785.3 LECrim. Al exigir este precepto que la víctima sea informada de la fecha y lugar de la celebración del juicio, aunque no sea parte en la causa, se concluye que «*no hay obstáculo para que, si la víctima comparece en el juicio oral, acompañada de su abogado, se permita su personación 'apud acta' incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas».* El TS contempla incluso la posibilidad de que las conclusiones provisionales que presente no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones, permitiendo en tal caso, «*a fin de paliar los efectos de una acusación sorpresiva, la posibilidad de que, en aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 788.4 LECRIM, la defensa pueda solicitar el aplazamiento de la sesión por diez días que este precepto contempla específicamente para supuestos de modificaciones relevantes de conclusiones definitivas».*[16] Interpretación que —entendemos—, ahora, será inaplicable pues el legislador se inclina —tras plantearse este aspecto en concreto— por mantener el plazo preclusivo de personación hasta el trámite de calificación. Además, el art. 785.3 LECrim sólo prevé la comunicación a la víctima —aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir— de la fecha y hora de celebración del juicio. Nada dice acerca de su personación. Se trata, únicamente, de informar a la víctima sobre la marcha del procedimiento.

Según lo anterior, la víctima directa o la indirecta podrá personarse como parte acusadora en el proceso penal mediante la presentación de un simple escrito de personación antes del momento preclusivo de personación, esto es, antes del trámite de calificación del delito. No se le exige la presentación de querella. Pero ¿cómo debe personarse el ofendido no víctima?

El art. 110 de la LECrim —en su redacción anterior— otorgaba a los perjudicados por el delito —léase, también, ofendidos— la posibilidad de ejercicio de la acción penal y civil acumulada mostrándose parte en la causa, si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito. O, solamente unas u otras, según les conviniere. Por tanto, bastaba la presentación de un simple escrito de personación antes del trámite de calificación para constituirse en parte acusadora o, simplemente, en actor civil. No obstante, el actual art. 110 LECrim no prevé el ejercicio

16. Así, TS (Sala Penal), Sentencia núm 170/2005, de 18 de febrero, RJ 2005\1896; y Sentencia núm 1140/2005, de 3 de octubre, RJ\7657. Tb. Sentencia TS (Sala Penal), núm 271/2010, de 30 de marzo, RJ 2010\5542. En el mismo sentido, entre otras, AAP de Madrid 144/2010, de 23 de julio, JUR 2010\336152; SAP de Ciudad Real, núm 16/2010, de 27 de mayo, JUR 2010\237688; AAP de Barcelona, núm 164/2010, de 5 de mayo, JUR 2010\277439.
Vid. YÁÑEZ VELASCO, R., «Imperio de la Ley y jurisprudencia creadora. La personación de la presunta víctima en todo tiempo procesal», en Diario La Ley, núm.8304, Sec. Tribuna, 6 de mayo de 2014, pág.1-18.

por los *perjudicados* de las acciones civiles y penales sino, exclusivamente, de las primeras, mostrándose parte en la causa antes del trámite de calificación. Ello puede conducir a que, en aras a la protección de la víctima, se minoren los derechos de otros ofendidos o perjudicados no víctimas quienes podrían personarse en la causa mediante un simple escrito de personación para mantener la acción civil.[17] Pero, en el supuesto de querer ejercitar la acción penal, deberían personarse mediante la presentación de querella,[18] aunque sin necesidad de fianza, por cuanto el art. 281 LECrim, también modificado, dice que está exento de esta obligación —entre otros— el ofendido —léase, también, perjudicado— De ello se podría colegir que, sólo las víctimas del delito, pueden ejercitar la acción particular y, evidentemente, acumular la acción civil a la penal. Y, los demás ciudadanos españoles, sean o no perjudicados por el delito, podrán ejercitar la acción popular. Respecto a estos últimos, sólo los perjudicados —no víctimas— podrán acumular la acción civil a la penal. O, podrán personarse sólo como actores civiles, antes del trámite de calificación del delito.[19]

No obstante, no se ha modificado el art. 761 LECrim —en sede de abreviado— que prevé, en su punto primero, que el ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse mediante querella —incluye la acción particular y la popular—. Aunque, en el punto segundo establece que, sin perjuicio de lo anterior, se instruirá *«al ofendido o perjudicado por el delito de los derechos que le asisten conforme a los art. 109 y 110 y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella».*[20] De dicho artículo, atendiendo a los actuales arts. 109, 109 bis y 110 LECrim se podría inferir la

17. Según el Informe del Consejo de Estado, cit., pág. 57 «*parece indispensable, para no reducir el grado de protección que tradicionalmente ha dispensado el Derecho español a todos los afectados, mantener en el artículo 110 de la LECrim la referencia a la facultad de ejercicio de las acciones penales, junto a las civiles, omisión que se considera indebida*». El legislador hizo caso omiso de tal recomendación.

18. El art. 270 LECrim establece que «*Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley».*

19. No defiendo que, ésta, sea la interpretación correcta sino, simplemente, que se pueden dar importantes problemas de interpretación.

20. Respecto a dicho artículo hay alguna sentencia que considera inaplicable la interpretación expuesta en Supra, nota 16 y que, como he dicho, tampoco comparto. Así, TS (Sala Penal), Sentencia 900/2006 de 22 septiembre RJ 2007\1677, en la que recordando el carácter preclusivo del plazo que contempla el artículo 761 declara que debe ser denegada cualquier pretensión de un perjudicado de personarse después del trámite de calificación. En el mismo sentido Fernández-Gallardo «*Rechazar la pretensión de personación del perjudicado como acusación particular después de haber transcurrido el plazo preclusivo máximo del trámite de calificación exigido por el art. 761 LECrim no hace otra cosa que dar cumplimiento a lo dispuesto de manera imperativa en el art. 110 de la misma Ley, normas procesales de 'ius cogens' teniendo el transcurso de aquel plazo preclusivo naturaleza improrrogable*». Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, Javier Ángel «*Cuestiones derivadas del auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado»,* Anales de Derecho, Núm.32, 2014, pág.1-42. En especial, pág.14 y ss. Puede consultarse en http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho (Fecha de consulta 3/12/2015)

misma interpretación que apuntábamos.[21] No obstante, no se ha modificado, tampoco, el art. 771 LECrim —en sede de abreviado— que establece que la Policía Judicial cumplirá con los deberes de información a las *víctimas* que prevé la legislación vigente. «*En particular, informará al ofendido y al perjudicado por el delito de forma escrita de los derechos que les asisten de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110».* Hasta este punto, cabría la interpretación que manteníamos como posible. No obstante, el artículo añade que «*Se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella y, tanto al ofendido como al perjudicado, de su derecho a nombrar Abogado o instar el nombramiento de Abogado de oficio… de su derecho a, una vez personados en la causa, tomar conocimiento de lo actuado… e instar lo que a su derecho convenga».* Aquí se dificulta tal interpretación ya que se refiere a la posibilidad de que el *ofendido* —concepto más amplio que el de víctima— se muestre parte en la causa sin necesidad de querella. Por su parte, el art. 776 LECrim establece que «*El secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial. En particular, se instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y de los derechos mencionados en la regla 1.ª del artículo 771».* De nuevo, cabría la interpretación que apuntábamos, excepto en la remisión que opera al art. 771 por cuanto, éste, se refiere a que el ofendido puede mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella y, como hemos expuesto, el término ofendido es más amplio que el concepto víctima del delito. Veremos, en la práctica, a qué nos conducirá la dualidad víctima-ofendido o perjudicado y, básicamente, los actuales artículos 109, 109 bis y 110 LECrim a los que remiten los arts. 761, 771 y 776 LECrim.

Otro aspecto, regulado en el punto 2 del art. 109 bis LECrim, es el relativo a la posibilidad de ejercicio de la acción penal por varios de los legitimados —víctimas directas o indirectas— y la posibilidad de personación independiente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando lo aconseje el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Tribunal, en resolución motivada y tras oír a las partes, *podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.*[22] Viene a introducir la interpretación

---

21. Así, la víctima, no precisa formular querella, para personarse en la causa como acusador particular. Los perjudicados por el delito —sean o no víctimas— pueden formular la acción civil sin necesidad de ejercitar la acción penal, personándose en la causa mediante un simple escrito de personación. Los perjudicados no víctimas y los demás ciudadanos españoles, para el ejercicio de la acción penal, habrán de presentar querella y, podrán acumular la acción civil, según sean o no perjudicados por el delito. El plazo preclusivo de personación en en abreviado sería —a mi juicio— hasta que se dicte el auto de apertura del juicio oral. Vid. Infra. Nota 36.

22. Algo similar —pero sin ninguna precición— prevé el art. 113 de la LECrim: «*Podrán ejercitarse expresamente las dos acciones por una misma persona o por varias; pero siempre que sean dos o más las personas por quienes se uti-*

del TC respecto al art. 113 LECrim, procurando mayor celeridad en el procedimiento y garantizando, a su vez, los derechos de las víctimas personadas.[23]

Novedoso e importante es el punto 3 del art. 109 bis que concede a las asociaciones de víctimas[24] y a las personas jurídicas a que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas[25] el ejercicio de la acción penal, «*siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito*». Les permite asumir en el proceso la posición de la víctima, son su autorización. Se trata de una suerte de legimitación representativa que exige autorización expresa de la víctima. Nada dice respecto al ejercio de la acción civil acumulada que el art. 110 LECrim prevé sólo para los perjudicados.

Las Asociaciones de víctimas y personas jurídicas ya podían ejercitar la acción penal pero a través de la denominada acción popular[26] de ahí que entendamos que —ahora— o se les limitan sus derechos al exigirse la autorización de la víctima o podrán ejercitar la acción particular y personarse sin necesidad de querella —aunque esto no lo diga expresamente la ley— antes del trámite de calificación. En cualquier caso, quedan exentos de prestar fianza ya que el

---

licen las acciones derivadas de un delito o falta lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal».

23. El TC en la Sentencia 30/1981, de 24 de julio (RTC 1981\30) y en la Sentencia 193/1991, de 14 de octubre (RTC 1991\193) señaló que el art. 113 LECr. «*viene a reforzar un derecho constitucionalmente reconocido a un proceso sin dilaciones indebidas evitando una dilación injustificada del procedimiento por la reiteración de actuaciones con idéntica finalidad y significado…*». Añadiendo que «*al mismo tiempo, al configurar un litisconsorcio necesario impropio cuando sea posible, puede afectar negativamente al derecho a la defensa y asistencia de Letrado, también constitucionalizado en el art. 24,2 CE. Por ello, la facultad de apreciación contenida en el art. 113 LECr. no puede entenderse como enteramente discrecional, pues habrá de tener presente los dos principios constitucionales derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y derecho de defensa. De aquí que el presupuesto jurídico indeterminado "si fuere posible" haya de traducirse en algo más que una necesaria ausencia de incompatibilidad entre las distintas partes que ejercen la acción penal o civil derivada del delito —requisito mínimo—; es preciso una suficiente convergencia de intereses, e incluso de puntos de vista, en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias instadas o actos realizados por sus respectivas representaciones y asistencias letradas*»

24. Sobre el papel que han tenido las Asociaciones de Víctimas en la introducción de algunos de los preceptos de la Ley 4/1015, Vid. Renart García, Felipe, «*Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena. (Análisis del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal)*», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Crimonología, RECPC 17-14 (2015), ISSN 1695-0194, http://criminet.ugr.es/recpc, (Consultado el 5/12/2015).

25. Según el Informe del Consejo de Estado, cit., pág. 88, «*A efectos de evitar una excesiva amplitud en la definición de las personas jurídicas legitimadas por este nuevo apartado 3, por tanto, convendría que la futura Ley o, en su caso, una norma reglamenaria a la que ésta se remita de forma expresa, estableciese los requisitos que deberían reunir estas entidades para ser reconocidas como asociaciones de víctimas y, en consecuencia, para ostentar la legitimación que se les atribuye en el Anteproyecto*».

26. Sobre el ejercicio de la acción popular: Banacloche Palau, Julio, «*El futuro de la acción popular: límites*». Jornada: La Reforma del Proceso Penal: principios rectores del nuevo sistema de justicia penal para el siglo xxi, Madrid, 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2012/Ponencias/Octubre/7153345_210201213816 (consulta 18/11/2015)

art. 281 LECrim modificado así lo prevé.[27] Por otro lado, si actúan en representación de la víctima, bien podría admitirse que acumularan a la acción penal, también, la civil derivada del delito, si no se ha hecho reserva expresa[28] —con seguridad, este problema se planteará en la práctica.[29]

3. La comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima y los arts. 636 y 779, regla 1ª del apartado 1º LECrim

Este derecho reconocido a las víctimas por el art. 12 de la LEVD tiene su origen en el art. 11 de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012. Si bien, este último, en el punto 1, se refiere a que «*Los Estados miembros garantizarán a las víctimas, de acuerdo a su estatuto en el sistema penal pertinente,*[30] *el derecho a una revisión de la decisión de no continuar con el procesamiento*». Añade, en el punto 2, que, cuando de conformidad con la legislación nacional, «*el estatuto de la víctima no se establezca hasta después de que se haya tomado la decisión de continuar con el procesamiento del infractor, los Estados miembros garantizarán que al menos las víctimas de delitos graves tengan derecho a una revisión de una decisión de no continuar con el procesamiento*».[31] A su vez, el punto 3, prevé que «*Los Estados miembros garantizarán que se notifique a las víctimas sin retrasos innecesarios su derecho a recibir información suficiente y*

---

27. Art. 281. «*Quedan exentos de cumplir lo dispuesto en el artículo anterior*-prestar fianza—:
3º. Las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima».

28. En algún supuesto, los Tribunales han admitido la exigencia de responsabilidad civil por la acusación popular. Ver TS, Sentencia 751/1993, de 1 de abril, (RJ 1993\9165); y, TS, Sentencia 895/1997, de 26 de septiembre (RJ 1997\6366).

29. En general, hasta el momento, se ha entendido que los acusadores populares no estaban legitimados para ejercer la acción civil. Así, entre otras, en Sentencia TS 338/1992, de 12 de marzo (RJ 1992\2442); y, Sentencia TS 603/1994, de 21 de marzo (RJ 1994\2373).
Centrado en los procesos de terrorismo, es interesante el trabajo de CATALINA BENAVENTE, Mª de los Ángeles, «*Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la acción particular y popular en los procesos por terrorismo*», en VÁZQUEZ-PORTAMEÑE SEIJAS, F y GUINARTE CABADA, G. (Dirs.), «*Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13 y ss.

30. Según el Considerando 20 de la Directiva, la participación de la víctima en el proceso penal varía de un estado miembro a otro en función de su sistema nacional. Desde los sistemas que le reconocen el estatuto jurídico de parte en el proceso hasta áquellos que le someten a una recomendación de participar activamente, por ejemplo, como testigo. De ahí que «*los Estados miembros deben decidir cuál de estos criterios se aplican para determinar el alcance de los derechos establecidos en la presente Directiva*».

31. Parece claro que se está pensando en sistemas en que la víctima no tiene ni puede tener la condición de parte acusadora y se refiere a las víctimas de delitos graves y no a las víctimas de cualquier delito. En especial si atendemos al considerando 43 de la Directiva: «*La decisión de no formular acusación se ha de entender referido a decisiones adoptadas por los fiscales y jueces de instrucción o autoridades policiales, como los agentes de policía, pero no a las decisiones adoptadas por órganos jurisdiccionales*».

que reciban dicha información para decidir si solicitan una revisión de cualquier decisión de no continuar con el procesamiento si así lo solicitan».[32]

Según el art. 12 LEVD «*La resolución de sobreseimiento será comunicada de conformidad con lo dispuesto en la LECrim a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento*». En el caso de muerte o desaparición se comunicará a las víctimas indirectas conforme a lo previsto en la LECrim. El precepto prevé que —motivadamente— se pueda prescindir de la comunicación a todas las víctimas indirectas cuando ya se haya dirigido con éxito a varias de ellas o «*resultado infructuosas las gestiones para su localización».*[33] Es evidente que este último aspecto puede comportar importantes problemas prácticos.[34]

Añade el artículo, en su punto 2, que *la víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento* conforme a lo dispuesto en la LECrim, *sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso* —léase mostrado parte en el proceso—. Que no se haya personado anteriormente en el pro-

---

32. Según la Directiva dicha información se comunicará a la víctima si así lo solicita. El art. 6, que regula el derecho a recibir información sobre la causa, prevé que se notifique a las víctimas«*el derecho a recibir la siguiente información sobre el proceso penal iniciado a raíz de la denuncia de una infracción penal de la que hayan sido víctimas, y que, si lo solicitan, reciban dicha información: a) cualquier decisión de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor*». Pero, no basta con solicitarlo, parece que también el proceso ha de haber iniciado a raíz de una denuncia de la víctima. De nuevo, se trata de derechos mínimos pensados para ordenamientos en que la víctima no puede ser parte en el proceso penal puesto que, siendo parte, recibirá todas las resoluciones y tendrá derecho a recurrirlas conforme a la legislación nacional. El punto 4 del art. 11 de la Directiva prevé que «*En caso de que la decisión de no continuar con el procesamiento proceda de la autoridad competente de máximo rango contra la cual no exista más recurso en la legislación nacional, esta misma autoridad podrá efectuar la revisión*».

33. El texto del Anteproyecto establecía la comunicación a las víctimas indirectas pero con la siguiente salvedad: «*En estos supuestos, el Juez o Tribunal podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando requiera de esfuerzos desproporcionados*».

34. En el Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley, cit., pág. 68, se hace referencia a que, «*en la práctica del ofrecimiento de acciones penales, la notificación a algunos familiares resulta extraordinariamente difícil, lo que lleva a la conclusión de que la exigencia de comunicación a todos los familiares previstos en el art. 2.2.b) —dada la amplitud con la que se definen las víctimas indirectas en el Anteproyecto— podría ralentizar en exceso el desarrollo del proceso*». Pero añade que «*También es cierto, sin embargo, que con frecuencia los intentos de notificación a los afectados, lejos de ser 'desproporcionados' resultan insuficientes*». De ahí que defienda mantener la salvedad pero sustituir el criterio de que la notificación a todos exija «*esfuerzos desproporcionados*» por otra más objetiva. Solución que parece haber sido aceptada por el legislador al referirse a que hayan «*resultado infructuosas las gestiones para su localización*». También el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto, cit. pág. 32, dechazaba esta expresión «*por su carácter subjetivo y discrecional*». Añadiendo que «*Esta regulación no es respetuosa con el derecho de información ni con el subsiguiente de revisión de la decisión de no continuar el procedimiento que la Directiva 2012/29 establece sin límite ni excepción alguna. Pero, además, desde el punto de vista del imputado, podrá crear una situación indeseable, sometiéndole a la revisión del sobreseimiento y archivo de la causa penal, cuando ya creía que la resolución era firme por no haber sido recurrida por las víctimas-familiares efectivamente notificadas. Así, tiempo después podría comparecer un familiar no notificado, reclamando esa notificación, bien por que no tuviera relación con el familiar notificado, bien porque discrepe de la valoración de la desproporcionalidad de los esfuerzos de notificación, siéndole estimada su pretensión y reabriendo, entonces, los plazos para recurrir. Por ello, la falta de notificación debería limitarse solo respecto de aquellos familiares que hayan otorgado su representación al familiar notificado, sin perjuicio de la conveniencia de plantearse la limitación de los familiares que puedan ser considerados como víctimas indirectas a los efectos de esta ley*».

ceso no excluye que deba hacerlo a los efectos de poder recurrir —extremo que, como veremos, no queda nada claro—.

Si bien, la comunicación, se justifica en el interés de la víctima —pero también de los perjudicados que no lo son— en el estado de las actuaciones; lo segundo —esto es, permitir el recurso a la víctima no personada—, distorsiona cuanto hace referencia a la legitimación para recurrir. Que pueda recurrir una resolución quien no se ha personado en el proceso con anterioridad, habiéndosele instruido de tal posibilidad, sin duda, podría parecer desproporcionado.[35] No podemos olvidar que cabe la personación para mostrarse parte en la causa hasta el trámite de calificación —en el proceso ordinario por delitos graves— o hasta el escrito de acusación o el auto de apertura del juicio oral, en el abreviado.[36] De ahí que, lo lógico, fuera que la víctima se personara para mostrarse parte en la causa y, por ello, que pudiera recurrir el auto de sobreseimiento que le perjudica.

Fuere como fuere, se ha introducido la comunicación y la posibilidad de recurrir el auto de sobreseimiento en la LECrim modificando, para ello, el arts. 636 y la regla 1ª del apartado 1º del art. 779 de la LECrim.[37] A tenor de los mismos, a las víctimas del delito que informadas al respecto en el primer contacto con la autoridades y funcionarios[38] hayan solicitado ser notificadas de las resolu-

---

35. Según el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley, cit. pág. 33, «*El número segundo del artículo 12 legitima a la víctima no personada para recurrir la resolución de sobreseimiento; dando cumplimiento así al mandato del artículo 11 de la Directiva 2012/29*». Parece que se está pensando en el recurso sin necesidad de personarse para mostrarse parte en la causa como acusación particular. Y, si bien la Directiva contempla esta opción debemos pensar que lo hace atendiendo a los ordenamientos en que la víctima no puede ser parte en el proceso penal.

36. En el ordinario por delitos graves, la apertura del juicio oral es previa a los escritos de calificación. En el abreviado, en cambio, el auto de apertura de juicio oral es posterior a los escritos de acusación. Puede ser discutible cuál es el momento en que precluye la posibilidad de personación en el abreviado. No obstante, en este punto, para permitir la personación del ofendido en el proceso penal me inclino por el auto de apertura del juicio oral —en el abreviado—, momento en que se emplazará al imputado-encausado con entrega de los escritos de acusación para que pueda formular escrito de defensa —art. 784LECrim—. Compartimos la opinión de FERNÁNDEZ GALLARDO, J.A, cit, pág. 39, en la Conclusión 2, «*la interpretación pro actione de las normas reguladoras de los requisitos y exigencias formales y temporales en el ejercicio de los derechos y facultades procesales, que impide interpretaciones rigoristas que puedan enervar el derecho a obtener la tutela judicial, debe llevar a entender el art. 110 LECRIM, que exige que los perjudicados se muestren parte en la causa antes del trámite de calificación del delito, de forma que excluya la posibilidad de personaciones posteriores a dicho trámite, a partir del cual quedan delimitadas las pretensiones de las acusaciones frente a las que se puede defender el imputado, pero que permita (en el abreviado) que mientras tal trámite siga vivo y no se haya dictado el auto de apertura del juicio oral puedan los perjudicados personarse en el procedimiento y ejercer en el seno del mismo las acciones penales y civiles que el ordenamiento les autoriza. Para que exista un proceso justo, el acusado, una vez abierto juicio oral, debe saber no sólo de qué se le acusa sino quién le acusa. Las comunicaciones posteriores a víctimas y ofendidos son la traducción de los derechos de los ciudadanos en la administración de justicia en cuanto al conocimiento de los procesos en los que tengan un interés legítimo, pero no pueden interpretarse como una alteración de las reglas del proceso que le permitan personarse en un momento posterior*».

37. Números quince y veintitrés de la Disposición Final Primera de la LEVD.

38. No se exige que hayan presentado denuncia como hace la Directiva —en su art. 6— ya que se opera una remisión al art. 5 de la LEVD y, tal artículo, se refiere al derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades

ciones dictadas en la causa penal —entre ellas, la que nos ocupa— se les comunicará el auto de sobreseimiento en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubieran designado.[39] El auto de sobreseimiento será comunicado de igual forma a las víctimas indirectas de cuya identidad y dirección de correo electrónico o postal se tuviera conocimiento, con la salvedad que antes apuntábamos. Transcurridos 5 días desde la comunicación, se entenderá efectuada válidamente y desplegará todos sus efectos, iniciándose el cómputo del plazo para la interposición del recurso. Se exceptúan los supuestos en los que la víctima acredite justa causa de la imposibilidad de acceso al contenido de la comunicación.[40]

Las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de 20 días *aunque no se hubieran mostrado parte en la causa.*[41] El plazo concedido a las víctimas para recurrir es, también, criticable pues difiere del concedido a las partes personadas en el proceso.[42]

El propio art. 636 LECrim establece que contra los autos de sobreseimiento sólo procederá, en su caso, el recurso de casación.[43] Si acudimos al art. 848

---

competentes, «*incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia*».

39. Estos preceptos son más restrictivos que el art. 12 LEVD por cuanto exigen solicitud de la comunicación a instancia de la víctima pero más acordes con la Directiva —art. 6—.
El art. 7.1 LEVD, que regula el derecho a recibir información sobre la causa penal, prevé que «*Toda víctima que haya realizado la solicitud… seá informada… Estas comunicaciones incluirán, al menos, la parte dispositiva de la resolución y un breve resumen del fundamento de la misma*»
El último párrafo del punto 1 prevé que, si la víctima se hubiese personado formalmente en el procedimiento, las resoluciones serán notificadas a su procurador y serán comunicadas a la víctima en la dirección de correo electrónico que haya facilitado.

40. Apunto los problemas prácticos y la inseguridad que esto puede comportar para la parte pasiva del proceso penal.

41. «*Aunque no se hubieran mostrado parte en la causa*», a mi entender, debería interpretarse en el sentido de que no lo hubiera hecho anteriormente aunque no queda del todo claro. Tal vez, quepa el recurso sin necesidad de mantener la acusación y así parecen entenderlo el CGPJ y el Consejo Fiscal en sus respectivos informes. Ver notas 35 y 43.

42. Según el Informe del CGPJ al Anteproyecto, cit. pág. 33, «*el Anteproyecto viene a establecer el plazo extraordinariamente amplio de 20 días para la interposición del recurso contra el auto de sobreseimiento (artículos 636 y 779.1º1 LECrim, modificados por los apartados 11 y 17 de la Disposición final tercera), frente a los cinco días que se conceden a la partes personadas y al Ministerio Fiscal (artículo 856 LECrim). Tal ampliación del plazo debería reconsiderarse ya que no resulta equitativa en relación a las demás partes. No puede desconocerse que aunque la víctima no esté personada, se trata de una víctima informada, que conoce las actuaciones judiciales, teniendo acceso a las mismas en cualquier momento y que la decisión de no personarse depende de su exclusiva voluntad, por lo que, en consecuencia, deberá asumir las consecuencias de su decisión. Por ello, la ampliación del plazo para recurrir, en claro perjuicio del imputado, no puede justificarse en la falta de personación —que no va acompañado necesariamente de un desconocimiento de las actuaciones*»—.
Este plazo difiere, también, del que se concede a los ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que en el plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno —art. 782.2.a)—.

43. El recurso de casación se prepara ante el órgano de instancia y se interpone ante el Tribunal Supremo. Según el Informe al Anteproyecto del Consejo Fiscal, cit. pág.32, «*No se puede aplicar, en la sustanciación de un mismo recurso un trámite procedimental para las partes personadas y otro distinto para las víctimas no personadas. La solución es otorgar a éstas un período breve para que puedan anunciar su interés impugnaticio y, una vez tomada cuenta y razón por el órgano judicial para su voluntad, abrirles los plazos procesales ordinarios. Si la víctima quisiera recurrir en súpli-*

LECrim en su redacción en abril de 2015, vemos que sólo cabe casación si se trata de un auto de sobreseimiento libre por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos. De hecho, ya que es el único supuesto en que se podría dictar auto de sobreseimiento, aunque el Fiscal o el querellante particular mantuvieran la acusación. Entonces, aquéllos, podrían recurrir en casación.[44] En los demás casos, tratándose de un proceso ordinario y si alguien mantiene la acusación, no cabría dictar auto de sobreseimiento. Si nadie acusara, el Tribunal podría proceder al ofrecimiento de acciones *a los interesados* —art. 642 LECrim— en el ejercicio de la acción penal que es distinto a la posiblidad de recurrir la decisión de sobreseimiento por falta de acusación sin haberse personado en la causa. El ofrecimieno de acciones se da, en su caso —puesto que es facultativo—, antes de dictar auto de sobreseimiento. Pienso que hubiera bastado con introducir un trámite de ofrecimiento de acciones obligatorio —en este supuesto de que ninguna de las partes personadas formulara acusación— y nos hubiéramos ahorrado muchos problemas. Por otro lado, si se pretendía que fuera susceptible de recurso todo auto de sobreseimiento libre o provisional se debería haber dejado claro tal extremo.[45]

En el mes de octubre del año en curso, se modifica la LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre,[46] introduciendo la segunda instancia penal —también en el ordinario— pero se olvidan de modificar el art. 636 LECrim que mantiene que el único resurso que cabe, en su caso, es el de casación.

El nuevo art. 846 ter establece que *los autos que supongan la finalización del proceso por sobreseimiento libre dictados por la AP* o por la Sala Penal de la AN serán *recurribles en apelación* ante la Sala Civil y Penal de los TSJ y ante la Sala de Apelaciones de la AN, respectivamente. Por tanto, entiendo que —a pesar de la letra del art. 636 LECrim— el recurso que cabría interponer, a partir de octubre, sería el de apelación. Pero, sólo se refiere a los autos de sobreseimiento libre y no a los de sobreseimiento provisional.

---

ca un auto de sobreseimiento provisional en el sumario, no se prevé ningún cauce procesal para ello. Esta omisión debe ser suplida». Nada de esto ha contemplado el legislador.

44. Ahora, también, podrá recurrir la víctima aunque no se hubiere mostrado como parte en la causa. Esta posibilidad parece innecesaria si recurren las partes personadas —básicamente, el Ministerio Fiscal— pero no queda excluída ya que, en España, el recurso se prevé frente al auto de sobreimiento y no frente a la resolución de no formular acusación que prevé la Directiva y que implicaría solicitud de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal.

45. En el Informe del Consejo Fiscal, cit, pág 31, se hace referencia a que el art. 12 del Anteproyecto no distingue entre sobreseimiento libre y provisional y parece dar a entender que la víctima podrá recurrir ambos. *«Y esta parece ser la voluntad que guía la reforma… (donde en referencia al abreviado se recogen supuestos tanto de sobreseimiento libre como provisional como objeto de recurso de la víctima no personada). Pero el art. 636 LECrim en realidad se refiere sólo a los autos de sobreseimiento libre cuando alguna persona ha sido procesada (art. 848 LECrim)».*

46. Documento BOE-A-2015-10726, de 6 de octubre de 2015.

Por otro lado, el actual art. 848 LECrim, establece que podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos por los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y *los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las AP* o por la Sala Penal de la AN *cuando supongan la finalización del proceso por* falta de jurisdicción o *sobreseimiento libre* y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

Si lo que quiere decir el precepto es que, tras recurso de apelación, quepa casación por infracción de ley, frente a las resoluciones de sobreseimiento libre en el caso que indica, debería hacer referencia a los autos dictados por los TSJ al resolver el recurso de apelación. Pero, no dice esto el art. 848 LECrim. Por tanto, se da cierta contradicción entre los actuales arts. 846 ter y 848 LECrim ya que —parece— que sólo quepa casación por infracción de ley frente a los autos de sobreseimiento libre dictados por la AP o por la AN, sea en primera instancia —por tanto, cuando se siga un proceso ordinario por delitos graves— sea al conocer de la apelación —por tanto, frente a los autos dictados por los Juzgados de Instrucción o por los Juzgados Centrales de Instrucción o los de Violencia sobre la mujer, en su caso, de haberse seguido el trámite del abreviado—. Aparentemente, según lo anterior, no cabría casación frente a los autos de sobreseimiento libre dictados, tras apelación, por los TSJ. Aunque, tal vez, quepa interpretar que, el art. 848 LECrim, al establecer que cabe casación únicamene por infracción de ley *frente a los autos por los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso,* podría incluir el auto de sobreseimiento libre dictado por el TSJ dictado tras el recurso de apelación, al prever expresamente tal recurso el art. 636 LECrim—. De nuevo, destacar los problemas de interpretación debido a las modificaciones constantes y a la falta de concordancia entre los distintos preceptos de la LECrim.

Lo que no tiene ningún sentido, además, es que según el tipo de procedimiento quepa o no recurso. El art. 779 de la LECrim —en sede de abreviado— que regula el que denominamos auto de transformación, que se dicta una vez practicadas las diligencias de investigación pertinentes, el Juez de Instrucción —o de Violencia sobre la Mujer o el Juzgado Central de lo Penal, en su caso—, adoptará, mediante auto, si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, el sobreseimiento que corresponda —incluye el libre y el provisional—. Si estimare que el hecho es constitutivo de delito pero no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y el correspondiente archivo.

El auto de sobreseimiento se comunicará a las víctimas conforme hemos explicado con anterioridad y, transcurridos 5 días desde la comunicación, se entenderá realizada válidamente y desplegará todos sus efectos —con la salvedad

que, también, antes hemos apuntado—. Las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de 20 días *aunque no se hubieran mostrado parte en la causa.*[47] El art. 779 LECrim no nos indica qué recurso se puede interponer y, si acudimos al régimen general de recursos en el abreviado, entendemos, que el que cabe es el de apelación con o sin previa interposición del recurso de reforma.[48]

El art. 779.1.1ª LECrim anterior a la modificación operada por la LEVD establecía que el auto de sobreseimiento que corresponda se notificará *a quienes pudiera causar perjuicio*, aunque no se hayan mostrado parte en la causa —incluía a los perjudicados que no son víctima, a quiénes ahora se podría excluir pues la notificación sólo se hará a las víctimas directas e indirectas— El perjudicado no víctima puede sufrir una minoración de derechos —lo pretendiera o no el legislador— Se trataba, en todo caso, de notificación a efectos de que pudieran personarse y, en tal supuesto, resurrir la resolución.

El sobreseimiento de la causa se podría acordar por otros motivos y en otros momentos procesales —así por ejemplo, tras el turno de intervenciones o las previas, al incio de las sesiones del juicio oral. ¿Cabría comunicar a la víctima no personada esta decisión y, muy especialmente, podría recurrirla? La comunicación es evidente que sí cabrá, si lo ha solicitado anteriormente; pero, el recurso, entiendo que no, atendiendo tanto a la rúbrica del art. 12 «*comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima*» como al contenido de la Directiva 29/2012;[49] y, ello, aunque en la letra del artículo se diga: «*la resolución de sobreseimiento se comunicará… Las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento… aunque no se hubieran mostrado parte en la causa».* Además, sólo se modifican los art. 636 y 779.1.1ª LECrim respecto a este extremo —sobreseimiento antes de la apertura del juicio oral— Por otro lado, entiendo que, sólo cabe la personación de la víctima —y también el recurso aunque no se hubiera mostrado parte en la causa—, hasta el trámite de calificación o hasta el escrito de acusación o, a lo sumo, hasta el

---

47. Según el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto, cit. pág. 32, «*En el procedimiento abreviado (art. 779.1.1ªLECrim) la objeción se atenúa, pues es un recurso que se interpone ante el mismo órgano judicial, no obstante, conviene reflexionar también aquí si es preciso, para salvaguardar los derechos de las víctimas no personadas, otorgarles un plazo de interposición superior al de las partes personadas, o bastaría con darles un plazo para que anuncien su voluntad de impugnar*». Se está pensando —parece—, también, en la posibilidad de recurso sin necesidad de personación.

48. A tenor del art. 766 LECrim «*Contra los autos del juez de instrucción y del Juez de lo penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación*»

49. Vid. Supra. Nota 31. El art. 11.3 de la Directiva se refiere a la posible revisión por parte de las víctimas «de cualquier decisión de no continuar con el procesamiento si así lo solicitan», pensando siempre en la fase de instrucción o investigación.

auto de apertura del juicio oral, en el abreviado.[50] De ahí que, considere, no cabe recurrir tales autos dictados iniciadas las sesiones del juicio oral pues no siéndole posible la personación a la víctima por extemporánea, tampoco le cabría la posibilidad de recurrir.

Se mantienen, no obstante, las dudas acerca de si habiendo dictado el Juez de instrucción auto acordando seguir el procedimiento abreviado —779, regla 4ª— cabrá recurrir el posible auto de sobreseimiento posterior sea cuando lo soliciten las partes personadas o —incluso—, cuando presentado escrito de acusación y solicitada la apertura del juicio oral, el juez entendiera que el hecho no es delictivo o que no existen indicios de criminalidad, ya que la LECrim aquí no prevé que la víctima no personada pueda recurrir.

No se han modificado los artículos 782 y 783 LECrim. Prevé, el primero, para el supuesto de que no exista acusador particular dispuesto a sostener la acusación, y cuando el fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, que el Juez de instrucción pueda proceder al ofrecimiento de acciones —potestativamente— a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos no personados para que dentro del plazo máximo de 15 días comparezcan a defender su acción. Si no lo hacen, acordará el sobreseimiento o podrá remitir la causa al superior jerárquico del fiscal. Cuando sea el juez quien decida el sobreseimiento aún existiendo acusador, en la actual redacción del precepto —art. 783.1 LECrim—, acordará el sobreseimiento libre o provisional y no prevé ningún recurso para las partes personadas. Pero, siguiendo los artículos generales en materia de recurso en el abreviado, cabría apelación —previo o no el recurso de reforma— para quienes se hubieren mostrado parte en la causa con anterioridad.

La duda se da respecto de las víctima no personada en la causa, al no hacerse ninguna referencia a tal extremo en el art. 779.1.4ª LECrim ni en los arts. 782 y 783 LECrim. Si bien, en este caso, entiendo que, cupiendo aún la personación de la víctima para mostrarse parte en la causa —ya que aún no se ha dictado auto de apertura del juicio oral—, también, cabría la posibilidad de recurrir tal decisión, comunicada a la víctima, si lo hubiere solicitado. Solución distinta deberíamos defender si se entiende que, en el abreviado, el momento preclusivo para personarse es el de presentación de los escritos de acusación puesto que, el auto de sobreseimiento se dicta, en este caso, tras los escritos de acusación —art. 783.1 LECrim—.

De nuevo quiero destacar los enormes problemas de interpretación que se derivan de las normas comentadas y que, muy probablemente, hubiera sido

50. Vid. Supra. Nota 36.

más que suficiente proceder al ofrecimiento de acciones —de forma obligatoria— permitiendo a la víctima personarse si nadie acusa aunque se le hubiera instruido, desde un principio, de tal posibilidad. Y, en el supuesto de que sea el órgano jurisdiccional quien decida el sobreseimiento, una vez presentado escrito de acusación por alguna de las partes personadas, entiendo que, en tal caso, sólo podrían recurrir las acusaciones personadas. Es decir, la víctima que no se hubiera personado anteriormente, debería hacerlo, si desea recurrir tal decisión, siendo posible su personación ya que aún no ha precluído tal posibilidad pues no se ha dictado el auto de apertura del juicio oral.

Me pregunto: ¿Será eficaz la previsión del legislador? ¿Recurrirá el sobreseimiento quien no ha querido personarse en el proceso con anterioridad? Se me ocurren varios motivos que habrá podido tener la víctima para no mostrarse parte en el proceso. Y, es muy probable que, si no ha querido ser parte, tampoco quiera recurrir. Si el motivo ha sido económico, el art. 14 al regular el derecho al reembolso a la víctima de los gastos necesarios y las costas procesales con preferencia al cobro de los gastos causados al Estado, tampoco solventará las reticencias, dadas las exigencias que dicho artículo establece para ostentar tal derecho.[51]

4. Participación de la víctima en la ejecución[52]

Éste ha sido el aspecto más tratado y, a la vez, más criticado de le Ley 4/2014 pues, el art. 13 LEVD —donde se regula— excede, en mucho, de las directrices de la Directiva 2012/29/UE y de las normas aplicables en los sistemas de nuestro entorno. No sólo prevé la comunicación a la víctima[53] —que lo hubiera solicita-

51. Según el art. 14 LEVD, «La víctima que haya participado en el proceso tendrá derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferencia respecto del pago de los gastos que se hubieran causado al Estado, cuando se imponga en la sentencia de condena su pago y se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima».

52. Respecto a este tema, ver Renart García, Felipe, «Del olvido a la sacralización…» cit. Incluye muchas referencias bibliográficas y argumentos de interés.

53. La comunicación no resulta extraña en nuestro sistema si bien, sólo estaba prevista respecto de resoluciones relativas al penado que puedan afectar a la seguridad de los directamente ofendidos y perjudicados —o, inclusive, de los testigos—. Ver art. 990 LECrim.
Por su parte, la Directiva sólo considera obligatoria la comunicación. En el art. 6.5 establece que «Los Estados miembros garantizarán que se brinde a las víctimas la oportunidad de que se les notifique, sin retrasos innecesarios, el hecho de que la persona privada de libertad, inculpada o condenada por las infracciones penales que les afecten haya sido puesta en libertad o se haya fugado. Además, los Estados miembros velarán por que se informe a las víctimas de cualquier medida pertinente tomada para su protección en caso de puesta en libertad o de fuga del infractor».

do— de una serie de resoluciones dictadas en ejecución sino, también, la posibilidad de recurrirlas,[54] aunque no se hubiera mostrado parte en la causa.[55]

Esta posibilidad podría tener sentido en supuestos en que la resolución pudiera afectar a la seguridad de la víctima,[56] lo mismo que la medida consistente en solicitar medidas de seguridad o reglas de conducta al liberado condicional cuando exista una situación de peligro. Pero, como veremos, no lo exige así el legislador en el supuesto de la posibilidad de recurrir.[57]

El artículo se formula de más a menos, es decir, prevé, en el apartado primero, el derecho a la comunicación y al recurso de las resoluciones que, más adelante, enumeraremos; en el segundo apartado, regula la legitimación de las víctimas «*para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima*»; y, también, legitimación para «*Facilitar al juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado».* Y, en el tercer y último apartado, prevé dar traslado a la víctima que haya solicitado la comunicación de las resoluciones dictadas en ejecución, para que pueda formular alegaciones antes de que tales resoluciones se adop-

---

54. El considerando 33 de la Directiva, prevé que «Se debe informar a las víctimas de todo derecho a recurrir contra una decisión de puesta en libertad del infractor, si tal derecho existe en la legislación nacional». No establece la obligación de los Estados de garantizar el derecho a recurrir, sino, simplemente, de informar —si tal derecho existe en la legislación nacional—

55. Este es el aspecto más criticable. El Consejo de Estado, en su Informe sobre el Anteproyecto, cit., pág. 75, mantiene que «parece lógico que esta legitimación para recurrir resoluciones se constriña, en todo caso, a las víctimas que se encuentren personadas en el proceso… En definitiva se incurre en una cierta contradicción al permitir recurrir a la víctima no personada pero exigirle que, al tiempo que tomó la decisión de no participar en el proceso penal, decidiese solicitar ser puntualmente informada sobre el desarrollo de la ejecución».
En sentido parecido el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto, cit. pág. 35, «No resulta cuestionable hoy en día que, aunque la ejecución de la pena corresponde al Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia —sin perjuicio de la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria— y en el proceso de ejecución son parte necesaria el condenado y el Ministerio Fiscal, ha de permitirse también la participación en él de la víctima —si bien solo respecto de los pronunciamientos de la sentencia que les afecten—, pero su actuación debe encauzarse a través de su personación como parte, con abogado y procurador que le asistan, a fin de lograr una adecuada ordenación del procedimiento y facilitar la articulación, en derecho, de sus peticiones e impugnaciones».

56. En el Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto, cit. pág 74, se hace referencia a esta posibilidad y añade que «lo cierto es que, si el criterio es la seguridad de la víctima, cabría alegar que procede extender su legitimación en relación con otras decisiones que pueden tener una influencia directa en aquélla, como por ejemplo, la suspensión o la sustitución de las penas privativas de libertad, cuya concesión ha de tener específicamente en cuenta la peligrosidad criminal del sujeto (artículo 81.1 del Código Penal)».

57. Se podrán recurrir determinados autos del JVP atendiendo al tipo de delito cometido pero sin que se haga ninguna referencia a la peligrosidad del penado criterio que —entiendo— debería primar a la hora de permitir a la víctima recurrir tales resoluciones. Criterio que —espero— va a prevalecer en el momento de resolver el recurso si no queremos volver a un sistema de justicia retributiva en lugar de un sistema de justicia restaurativa que es el que debiera imperar.

ten por el Juez de Vigilancia Penitenciaria —en adelante JVP—. Suponemos aplicable la regla de que quien puede lo más, puede lo menos. Y, por tanto, entendemos —aunque el precepto no lo diga— que todas estas facultades las tendrá la víctima aunque no se hubiera mostrado parte en la causa.

Seguiremos, en este breve comentario, el orden del art. 13 LEVD. Como decíamos, el apartado 1, prevé que las víctimas que hayan solicitado la comunicación de las resoluciones dictadas en ejecución de la condena, puedan recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la LECrim, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa.[58] Algo que no era posible hasta el momento y que, ahora, será de difícil interpretación ya que, nada dice al respecto, la LECrim.

Y, por contra, la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, en su punto 9, limita la legitimación para interponer recurso de apelación, contra las resoluciones del JVP, en materia de ejecución de penas, al MF y al interno o liberado condicional. Esta Disposición, hasta el momento, no ha sido modificada. El punto 1 de la misma, establece que *«El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria».* Esto no supone otorgar legitimación para recurrir a sujetos distintos a los antes apuntados —ni tan siquiera se refiere a las demás partes personadas— pero permite dar cabida a lo que prevé el art. 13 LEVD pues no lo contradice abiertamente. A mi entender, el único recurso que cabrá interponer a la víctima no personada será el de reforma —al menos, hasta que no se modifique el punto 9 de la Disposición Adicional Quinta LOPJ-

Según el punto 1 del art. 13 EVD cabe recurso frente a determinadas resoluciones. Así: El auto por el que el JVP autoriza la clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena —art. 36.2 del CP—; aquél por el que se acuerda que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran al límite del cumplimiento de la condena y no a la suma de las penas impuestas —art. 78.3 CP—; y, el auto por el que se conceda la libertad condicional cuando se hubiere impuesto una pena de más de cinco años de prisión. Esta posibilidad se circunscribe a las víctimas de deteminados delitos de especial gravedad que la ley enumera en el art. 13 apartado 1, letra a)[59] y

---

58. Defiende esta solución el Consejo Fiscal en su Informes al Anteproyecto de Ley, cit. pág. 16. «Todas estas previsiones merecen una favorable acogida, si bien en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, tendría que justificarse más la intervención de la víctima en la fase de la ejecución de la pena, teniendo en cuenta los fines de la pena, en especial la interpretación del concepto de resocialización. En efecto, el art. 25.2 de la Constitución no establece que dicha finalidad sea la única legítima de las penas privativas de libertad, a las que pueden atribuirse también un sentido retributivo-expiatorio o de prevención general».

59. En concreto:
1.º Delitos de homicidio.

siempre —como hemos dicho— que hayan solicitado previamente la notificación de tales resoluciones.

Además, se debe anunciar al Secretario Judicial —Letrado de la Administración de Justicia— competente la voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento que se le haya notificado la resolución.[60] Para dicho anuncio no será preceptiva la asistencia de abogado.[61] El recurso se interpondrá dentro del plazo de quince días desde dicha notificación. Es curioso como el plazo no coincide con el que se concede a la víctima para recurrir el auto de sobreseimiento —de 20 días— una vez transcurridos cinco días desde la comunicación.[62] Aquí se prevé anuncio en cinco días y, recurso, en quince, desde la notificación y no a partir del anuncio de la voluntad de recurrir.

Las previsiones del art. 13.2 LEVD respecto a la legitimación de la víctima para interesar que se impongan al liberado condicional medidas que resulten necesarias para garantizar su seguridad y facilitar al juez información relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidad civiles derivadas del delito y el comiso que hubiera sido acordado, nos parecen aceptables. Así como, también,[63] la comunicación de las resoluciones enumeradas, si así se hubiera solicitado pero, nos parece excesiva, la posibilidad de recurso, en especial, sin haber sido parte en el proceso.

2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.
3.º Delitos de lesiones.
4.º Delitos contra la libertad.
5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral.
6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
7.º Delitos de robo cometidos con violencia e intimidación.
8.º Delitos de terrorismo.
9.º Delitos de trata de seres humanos.
En el supuesto de que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y el cóputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite del cumplimiento de la condena y no a la suma de las penas impuestas, además de los delitos antes enumerados, también cuando se trate de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal —este último inciso puede incrementar el número de supuestos de manera desproporcionada—.

60. Nótese que aquí —a diferencia de lo que se prevé en los art. 636 y 779 LECrim— nada se dice respecto a que la comunicación se entenderá efectuada válidamente y desplegará todos sus efectos transcurridos cinco días desde la comunicación. Por tanto, el plazo de anuncio del recurso empieza a transcurrir a partir de la comunicación.

61. Es reacio el CGPJ en su Informe al Anteproyecto, cit. pág. 36, a tal posibilidad, entendiendo que «tanto las peticiones como especialmente los recursos deben articularse en debida forma y tiempo, siendo fundamental no solo la petición —o la impugnación—, sino la causa petendi, lo que pone de manifiesto la necesidad de una asistencia técnica de la víctima para exponer sus peticiones adecuadamente y en derecho. De este modo se garantizará eficazmente el derecho de defensa del condenado, la tutela judicial efectiva de la víctima y se evitará una victimización secundaria, que se podría producir a la vista de las expectativas que surgen por la posibilidad de recurso y de alegaciones, en relación con la desestimación de sus pretensiones por no estar bien articuladas.

62. Ver Supra. Págs.10 y 11.

63. Con las salvedades apuntadas en la Nota 65.

Además, si vamos al articulado del Código Penal, modificado en el mes de marzo,[64] vemos como en él —arts. 36, 78, 90 CP—, el JVP podrá acordar —mediante auto— las decisiones enumeradas en el art. 14.1 LEVD, pero siempre previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás partes personadas*. Estos artículos no han sido modificados y, por tanto, no contemplan dar traslado a las víctimas no personadas para que presenten alegaciones y, mucho menos, para recurrir. Deberían ser revisados tales artículos para evitar problemas de interpretación y contradicciones en leyes modificadas y/o aprobadas con sólo un mes de diferencia.

El art. 13.3 LEVD prevé que, el JVP, antes de dictar alguna de las resoluciones del apartado 1 —los autos que he enumerado— dé traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule alegaciones —entendemos, aunque nos parezca excesivo, a pesar de que no se haya personado— Pero, ya podemos imaginarnos los importantes problemas prácticos que esto puede comportar para el JVP que no tiene —si no se remedia— tales datos.[65] El traslado a la víctima para alegaciones exige que, ésta, hubiera efectuado, previamente, la solicitud de notificación de las resoluciones dictadas en ejecución. Por tanto, el JVP habrá oído a la víctima antes de decidir y, una vez haya resuelto, ésta, podrá recurrir —aunque sólo quepa interponer el recurso de reforma—; y, todo ello, a pesar de no haber sido parte en la causa.

En mi opinión, la previsión de derechos tan amplios a la víctima puede incidir en el ejercicio del monopolio estatal para la ejecución de las penas y en el objetivo de reinserción del penado que debe prevalecer tras la sentencia firme. Además genera importantes distorsiones en la regulación de la materia, en especial la Disposición Adicional 5ª LOPJ y varios preceptos recientemente modificados del CP. No cabe confundir la dignificación de las víctimas mediante medidas de apoyo y protección y acceso a la información con su intervención sin necesidad de personación en el proceso penal, particularmente, en la fase de ejecución[66] y, más, en un sistema penal —como el

---

64. LO 1/2015, de 30 de marzo, Documento BOE A-2015-3439, de 31 de marzo de 2015.

65. También se refería a este particular el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto, cit. pág. 36, afirmando que «no puede desconocerse la disfunción que la notificación a las víctimas podrá ocasionar en el procedimiento de ejecución ante el Juzgado de Vigilancia penitenciaria, en el que solo son partes el penado y el Ministerio Fiscal, sin que se cuente con copia de las actuaciones penales. En muchas ocasiones no se tiene ni siquiera conocimiento de la existencia de la víctima, ni, en la mayoría de los casos, de su domicilio actual. Por ello, la notificación a la misma de las resoluciones del artículo 13 del Anteproyecto causará una dilación en el procedimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que, por su objeto, ha de caracterizarse por una rapidez en su sustanciación y decisión, y puede hacer ineficaz el recurso que en él se establece; así como una sobrecarga de los órganos judiciales. Circunstancias que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de establecer nuevos recursos, arbitrando, en su caso, los medios y medidas necesarios para evitar estos problemas».

66. No podemos omitir una referencia especial al Voto Particular —que, en gran medida compartimos— emitido en fecha 3 de febrero de 2014, las Exmas. Sras. Vocales del Consejo General de Poder Judicial, Dª Roser Blanch

nuestro— en que la víctima puede mostrarse parte en la causa y mantener la acusación.

5. Conclusiones

1. La introducción en la LECrim de un concepto delimitado de víctima comporta importantes problemas de interpretación pues, tal concepto, no encaja con el de ofendido o perjudicado que manejábamos hasta el momento y al que siguen refiriéndose la mayoría de preceptos de la Ley.

2. La introducción del concepto víctima —término al que ya se referían algunos artículos de la LECrim pero equiparándolo al de ofendido o perjudicado por el delito—, puede conducir a una minoración de los derechos del ofendido o perjudicado no víctima.

3. Cuando exista una pluralidad de víctimas, el Tribunal, en resolución motivada y tras oír a las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidas por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses, seguiendo la interpretación realizada el TC del art. 113 LECrim.

4. Se concede a las Asociaciones de Víctimas y las personas jurídicas a las que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas el ejercicio de la acción penal, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito. Nada se dice respecto de la acción civil que, la Ley, sólo prevé para los perjudicados. Aunque, en mi opinión, contando con la autorización expresa de la víctima, bien podría admitirse que acumularan, a la acción penal, también, la civil, derivada del delito.

5. Se mantienen dudas acerca de si el derecho de revisión —recurso— del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima, requiere, necesariamente, su previa personación como acusador particular en el proceso. La Directiva 2012/29/UE, parte de la existencia de enormes diferencias entre los distintos sistemas nacionales, en cuanto a la participación de la víctima en el proceso penal y considera que los Estados miembros deben elegir cuál de es-

---

Fabregó y Dña. Mª Concepción Sáez Rodríguez, al acuerdo del CGPJ por el que se aprobó el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito, y al que se han adherido los Sres. Vocales D. Álvaro Cuesta Martínez, Dª Clara Martínez de Careaga García, D. Rafael Mozo Muelas, D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva, Dª Mercedes Pigem Palmés. Dicho voto particular se circunscribe al art. 13 del LEVD. Da 11 razones para oponerse a la regulación propuesta, entre ellas, la número 8, pág.10, «La exclusión de la intervención activa de la víctimas en la fase de ejecución no implica en absoluto una situación de indefensión o desprotección de éstas, por cuanto la intervención del Ministerio Fiscal garantiza la salvaguarda de sus intereses legítimos (art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

tos criterios se aplica para decidir el alcance de los derechos establecidos en la Directiva. Pudiendo tener, en el nuestro, la condición de parte, parece razonable que, para poder recurrir el auto de sobreseimiento, se requiera su previa personación, en todo caso, antes del trámite de calificación —en el ordinario— o antes del auto de apertura del juicio oral —en el abreviado— momento en que precluye la posibilidad de mostrarse parte en la causa.

6. El plazo concedido a las víctimas —*aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa*— para recurrir el auto de sobreseimiento difiere del concedido a las partes personadas en el proceso y no resulta equitativo en relación a las mismas. Además, la posibilidad de prescindir de la comunicación a todas las víctimas indirectas cuando ya se haya dirigido con éxito a varias de ellas o resultado infructuosas las gestiones para su localización, puede comportar problemas tanto para tales víctimas, como para el sujeto pasivo, al crear una situación de inseguridad respecto a la firmeza de la resolución.

7. El art. 12 LEVD y el actual art. 636 LECrim —en sede de juicio ordinario— sugieren dudas tanto respecto al recurso que cabe interponer a la víctima —*aunque no se hubiere mostrado como parte en la causa*— por las contradicciones entre los actuales artículos 846 ter y 848 LECrim—; como respecto a la posibilidad de recurrir otras decisiones de sobreseimiento dictadas, por ejemplo, una vez iniciadas las sesiones del juicio oral. Me inclino por el recurso de apelación y por rechazar el recurso —de la víctima no personada— frente a autos de sobreseimiento dictados una vez precluido el trámite de calificación por cuanto ya no cabrá la personación de la víctima y, por ello, tampoco, el recurso.

8. La modificación del art. 779.1.1ª LECrim —en sede de abreviado— permite a la víctima —aunque no se hubiere mostrado parte en la causa— recurrir el auto de sobreseimiento mediante recurso de apelación, previa o no interposición del recurso de reforma —art. 766 LECrim—; pero, sugiere dudas acerca de la posibilidad de recurrir el auto de sobreseimiento dictado tras la decisión de proseguir los trámites del juicio abreviado —art. 799.1.4ª— al no haberse modificado dicha regla ni los artículos 782 y 783 LECrim. En este caso, me inclinaría por permitir el recurso a la víctima no personada hasta el momento, dado que, tal auto de sobreseimiento, es anterior al auto de apertura del juicio oral y aún cabe su personación.

9. Parece innecesario permitir el recurso a la víctima no personada, cuando se dictare auto de sobreseimiento, una vez solicitada la apertura del juicio oral por alguna de las acusaciones personadas, pues serán, éstas, quienes van a recurrir tal decisión. Pero, esta posibilidad no queda excluída, ya que no se distingue entre aquellos supuestos en que el sobreseimiento se debe a la ausencia de acusación, de aquellos otros en que, solicitada la apertura del juicio

oral, puede el Tribunal, no obstante, acordar el sobreseimiento. Si se entendiera que el momento preclusivo de personación en el abreviado es el de presentación de los escritos de acusación, en tal caso, no cabría ni una personación posterior de la víctima, ni el recurso frente al auto de sobreseimiento acordado tras dichos escritos.

10. En el supuesto de que nadie mantuviera la acusación, se podría haber regulado un ofrecimiento de acciones —obligatorio— bien a las víctimas no personadas o a los interesados —art. 642 LECrim— bien a los directamente ofendidos o perjudicados no personados —art. 782.2.a)— a los efectos de que pudieran mostrarse parte en la causa. En este caso, no sería necesario prever ningún recurso ya que, si se personaran, no se acordaría el sobreseimiento de la causa.

11. La posibilidad de comunicación a la víctima —que lo hubiere solicitado— de determinadas resoluciones dictadas en ejecución y la posibilidad de recurrirlas —aunque no se hubiera mostrado parte en la causa— me parecen excesivas, más aún, cuando no se exige que la resolución pudiera afectar a la seguridad de la víctima atendiendo a la peligrosidad del penado.

12. La comunicación a la víctima comportará graves problemas en el procedimiento de ejecución ante el JVP en que sólo son partes el penado y el MF, sin que se cuente con copia de las actuciones penales, desconociendo, en muchos casos, los datos relativos a la víctima no personada. La comunicación se realizará antes de dictar la resolución recurrible ya que se contempla que se dé previo traslado a la víctima —no personada que lo haya solicitado— para que en el plazo de cinco días pueda formular alegaciones. Esta previsión no es acorde con la regulación de los arts. 36, 78 y 90 del Código Penal, recientemente modificados, que prevén el previo informe del MF, Instituciones Penitenciarias y las demás partes personadas.

13. El recurso de la víctima se interpondrá en el plazo de quince días desde la notificación de la resolución, previo anuncio de la voluntad de recurrir en el plazo de cinco días desde dicha notificación. El plazo no coincide con el concedido a la víctima para recurrir el auto de sobreseimiento que es de veinte días a partir de los cinco desde la comunicación, momento en que se entiende realizada válidamente y en que va a desplegar todos sus efectos, iniciándose el cómputo del plazo de interposición del recurso.

14. Atendiendo a la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ —que no ha sido modificada— sólo cabría a la víctima el recurso de reforma, por cuando se limita la legitimación para recurrir en apelación al MF o al interno o liberado condicional.

15. El reconocimiento de derechos tan amplios a la víctima puede incidir en el objetivo de reinserción del penado que debe prevalecer. La dignificación de las víctimas con medidas de apoyo, protección y acceso a la información no puede confundirse con su intervención sin necesidad de personación en el proceso penal, muy en particular, en la fase de ejecución.

La legitimación de la víctima en el proceso penal tras la reforma de la Ley de Enjuciamiento Criminal de 2015

Juan Burgos Ladrón de Guevara
Catedrático Acreditado Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Introducción. 2. Ejercicio de la acción penal por la víctima. 3. Legitimación de la víctima en las medidas cautelares. 4. Legitimación de la víctima en el sobreseimiento y posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada y sin grabación de imágenes. 5. Legitimación de la víctima en la ejecución de las penas. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Como es conocido la víctima es la gran deudora del siglo XX, dentro del marco del proceso penal en España. Aunque la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, —en adelante EVD— ha dado lugar a un giro de ciento ochenta grados para la tutela y protección jurídica de la víctima, **donde tiene un gran significado su legitimación en el proceso penal**, lo que implicará una protección para la víctima, ante la posible eficacia y seguridad jurídica en los hechos jurídicos que afectarían penalmente a la víctima, al encontrarse dentro de los diversos tipos penales que el Código Penal recoge en su articulado.[1]

1. No solo los recogidos en el art. 57 del Código Penal —delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socio económico, sino a cualquier hecho jurídico que suponga una ilicitud penal.; dado que la víctima con su estatuto, tiene ya un catalogo de derechos extraprocesales y procesales, como se indican en los Títulos: I-artículos 4 a 10—, II —artículos11 a 18— de la Ley 4/2015, de 27 de abril. Del Estatuto de la Víctima del Delito.

Tal como se desprende de diversos artículos del Estatuto,[2] el concepto de víctima es más amplio que el de sujeto pasivo del delito, porque abarca también a los terceros perjudicados directamente en los delitos con resultado de muerte o desaparición de una persona.

En el siglo XXI, no solo fundamenta el derecho procesal penal, el derecho a la libertad, a la seguridad, y el *ius puniendi*, sino la tutela de la victima, y hablamos de una tutela judicial en la protección de la víctima, para lo que es clave de bóveda **la LEGITIMACIÓN de la víctima en el proceso penal,**[3] **ya que la victima, es ya parte necesaria en el proceso penal y no una simple parte adhesiva,**[4] porque casi siempre va a tener relación con el ilícito penal, que constituirá el hecho a enjuiciar y que afectara a la seguridad y libertad de la víctima. Ante el concepto general de víctima, que formula el art. 2 de la Ley 4/2015, al definir como víctima directa «…a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito».[5]

El marco de la legitimación, viene fundamentado en el Titulo II de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, que establece en los artículos 11 a 18 los derechos procesales de la víctima y su participación en la ejecución, fundamentalmente en los artículos 11, 12 y 13 del EVD; que posteriormente consagra en el titulo III, artículos 19 a 26, para su participación activa en el proceso penal; incluso puede intervenir la víctima, tras la Reforma de la LECr de 2.015, desde las primeras diligencias —art. 13 LECr—, ser instruido de sus derechos —art. 282 LECR—, ejercicio de la acción penal —art. 109 bis 1 LECr— personación con su abogado y procurador, o designación por el Juez de abogado y representante único —art. 109 bis, 2 LECr—.

---

2. Como son los artículos 1, 2 y 17 de la Ley 4/2015, ley 27 de abril, publicada en el BOE de 28 de abril.

3. A lo que contribuye, no solo la Ley que regula el Estatuto de la Víctima del Delito, sino leyes como la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal, la Ley Orgánica 5/2015, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la ley Orgánica del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho de interpretación y traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales. Y la importante Ley 41/2015 de 5 de octubre, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que modifica la ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

4. Como acontece en el sistema del *Rufe of Law*, ver la importante monografia de Gomez Colomer.J.L «Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La posición jurídica de la víctima de la justicia penal. Un análisis del derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan. Edit. Aranzadi. 2º edción.2015. passim.

5. Respecto a la víctima indirecta, ver el art. 2, apartado b, aunque no entran en las disposiciones de la ley 4/2015, los terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Por lo que hay una concordancia legislativa entre el Estatuto de la Víctima del Delito y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras las reformas de las Leyes 13/2015 y 41/2015, que fortalecen las garantías procesales, que jurídica y procesalmente afectan, afortunadamente, hoy en día, a las víctimas[6] en el proceso penal, desde que se inicia con los primeros actos procesales —denuncia y querella— así como en la fase de instrucción, donde puede solicitar como parte, que, tengan lugar actos de iniciación de desarrollo y conclusión en la fase de instrucción, intervenir en la fase intermedia, como puede ser en lo referente al sobreseimiento, y en todo lo que acontezca en la fase de juicio oral, e incluso en la fase de ejecución; ya que puede intervenir cuando el penado solicite el tercer grado a efectos penitenciarios.

Por lo que pasaremos a observar concretos actos de legitimación, donde interviene ya la victima en el proceso penal.

2. Ejercicio de la acción penal por la víctima

Como es conocido el derecho de la acción penal es un derecho fundamental, previsto en el art. 24.1 de la C.E. porque consagra la tutela judicial efectiva. Y de conformidad con lo dispuesto en el art. 109 de la LECr, tras su modificación por la Ley 4/2015 del EVD. «En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido…, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso… le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a las víctimas… En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Secretario judicial asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad».

Por lo que la víctima puede mostrarse como parte en la causa —como ofendido— y ser sujeto de la legitimación activa. Y como indica el nuevo artículo 109 bis, puede ejercitar la acción penal como víctima del delito, y puede provocar la incoación del proceso penal, que es fundamental para ejercer la acción penal en cualquier momento anterior al trámite de calificación del delito.

Este artículo 109 bis, es fundamental, porque amplia la legitimación para el ejercicio de la acción penal como parte en el proceso penal, ya que:

---

6. Como así lo expresé, en mi artículo sobre «La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español». Diario la Ley. nº 8518. 2015. www.laley.es

a) En caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de esta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos, o.
b) Por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de esta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella.
c) Incluso por sus progenitores o parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

Además en caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida, la acción penal como parte en el proceso penal, por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Por tanto, la ampliación de la legitimación va a más, para la protección de la víctima en el proceso penal. Porque se faculta, también, para el ejercicio de la acción penal —independientemente de los anteriores-como personas legitimadas, mediante su ejercicio posterior, a cualquier otro de los legitimados, cuando exista una pluralidad de víctimas, siempre que no sea afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ya que el Juez o Tribunal, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas en sus respectivos intereses.[7]

A destacar, también, que la acción penal también podrá ser ejercitada por las Asociaciones de Víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconozca legitimación para defender los derechos de las víctimas, cuando sea autorizado por la víctima del delito; incluso están exentas de prestar fianza para la querella.[8]

---

7. Por lo que tendría aplicación para el ejercicio de la acción penal por una pluralidad de víctimas el art. 7.3 de la LOPJ, de clase o de grupo, y se acercaría a la *class action* del derecho anglosajón o *verbandklage* del derecho alemán? Ver Gimeno Sendra. V. *Manual de Derecho Procesal Penal* (actualizado reforma 2015). P. 162, al tratar «El derecho de acción penal» Edic Castillo de Luna. Madrid 2015. De otra parte no se puede desconocer que el art. 21. del Código Penal de 1995, dispone que son circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal *—hoy en día conocido como infractor, aunque con nuestro Código Penal, es el inculpado—*, en el nº 6 «La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa», y en el nº 5 «La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración», y aquí se utiliza el término *culpable.*

8. Así lo dispone el art. 281. nº 3 de la LECr, tras la reforma por la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito.

El ejercicio de la acción penal, por las víctimas, implica, como para cualquiera de las partes que se personen en un determinado proceso penal, la obligación que deviene, para la Policía Judicial, de contactar con ella; ya que, cuando las víctimas entren en contacto, la Policía Judicial tiene la obligación de informarle del deber de información que por la legislación vigente se prevé. Porque la Policía Judicial debe valorar las circunstancias particulares de las víctimas para determinar las medidas de protección que provisionalmente deben adoptarlas para garantizar la protección de la víctima, independientemente de la decisión final que adoptaría el Juez o Tribunal.[9] Por ello, hay que resaltar el artículo 785 de la LECr, que configura la intervención de la víctima en el proceso penal abreviado, aunque no haya sido parte o no haya intervenido, mediante la información por el Secretario judicial de la fecha de celebración del juicio oral, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor.

No sólo, el contacto con la Policía Judicial, sino también la legitimación, trae consigo, la comunicación con el Juez o el Fiscal, a los efectos de diligencias de prevención, como puede ser la incautación de efectos que pudieran pertenecer a la víctima del delito, incluso, podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción,[10] ya que los efectos que pertenezcan a la víctima, deben ser restituidos, salvo que excepcionalmente deban ser conservados como medios de prueba o para la práctica de otras diligencias.

También, en la fase de instrucción, la víctima, tiene derecho a declarar no solo como parte en el proceso penal, sino también como testigo víctima, cuyo origen se encuentra, en la conocida y de poca eficacia práctica, cual es, la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales.[11] Y actualmente, por la Reforma de la LECr en 2015. El art. 433 de la LECr, señala siguiendo lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima, que los testigos que tengan la condición de víctimas del delito, podrán ir acompañados por su representante legal y por una persona de su elección, durante la práctica de las diligencias de la instrucción, donde tengan que declarar; incluso cabe que el Juez ordene la grabación de la declaración por medio audiovisuales.

---

9. Basta una simple lectura del art. 282 de la LECr, por la reforma de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito.

10. Basta una lectura de los párrafos tercer y cuarto del art. 334, referente al Cuerpo del Delito, que afecta —como es conocido— a la descripción y recogida de armas, instrumentos o efectos del delito.

11. Que todavía se mantiene vigente y consta de cuatro artículos. El primero se refiere al ámbito, el segundo a las medidas protectoras, el tercero a las garantías, y el cuarto a las medidas complementarias.

3. Legitimación de la víctima en las medidas cautelares

Viene dada, por la orden de protección de las víctimas de violencia domestica, donde su legitimación, permite a la víctima, pedir medidas de naturaleza civil, por el nº 7 del art. 544 ter. Y medidas cautelares a adoptar para su protección como víctima, cuando sea menor de edad o con la capacidad legalmente modificada en los casos de los delitos señalados en el art. 57 del Código Penal.

Respecto a la primera de las medidas cautelares de naturaleza civil, deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil.

Y, si existen menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez de instrucción deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de medidas de carácter civil.[12]

Por lo que la víctima podrá solicitar la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, y que se determine por el juez instructor el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con **los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada; para apartarles de un peligro o evitarles perjuicios**.

En cuanto, a las medídas cautelares cuando la víctima sea menor de edad con discapacidad legal, habrá que tener en consideración el Juez Instructor, los delitos, a que se refiere el art. 544 quinquies, y que son los del art. 57 del Código Penal

— Homicidio.
— Aborto.
— Lesiones contra la libertad.
— Torturas y contra la integridad moral.
— Trata de seres humanos.
— Contra la libertad e indemnidad sexuales.
— La intimidad.
— El derecho a la propia imagen.

---

12. A estas medidas, independientemente de las que plasma el art. 158 del Código Civil, sobre alimentos de los hijos, perturbaciones en los casos de cambio de titular de la guarda, prevención de la sustracción de menores, etc.; son las señaladas en los apartados segundo y tercero del nº 7 del art. 544 ter de la LECr

— La inviolabilidad del domicilio.
— El honor.
— El orden socioeconómico.

En, estos delitos, el representante legal o progenitor del menor de edad o con discapacidad, deberá ser oído por el Juez Instructor, para que mediante la oportuna motivación: —Suspenda la patria potestad de alguno de los progenitores.-Suspenda la tutela, curatela, guarda o acogimiento— Establecer un régimen de supervisión de la patria potestad o de cualquier función tutelar o de protección o apoyo al menor o persona con discapacidad legal-Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación. Son, por consiguiente, las señaladas, en el nº 1 del art. 544 quinquies, donde puede intervenir el Fiscal y las entidades públicas competentes para la protección del menor o personas con discapacidad legal como personas afectadas como víctimas, dada su condición física o psíquica, para establecer la medida o medidas de protección,[13] específicas que se adopten atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o la vulnerabilidad de la víctima.

4. Legitimación de la víctima en el sobreseimiento y posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada y sin grabación de imágenes

Novedad importante, establecida por el Estatuto de la Víctima del Delito, es la modificación realizada en el art. 636 de la LECr, porque el auto de sobreseimiento debe comunicarse a las víctimas, en la dirección de correo electrónico, y en su defecto por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubiera designado. Por lo que se prevé la notificación de las resoluciones de sobreseimiento, archivo, y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo temporal suficiente, a partir de la comunicación, con independencia de que la víctima se haya constituido o no como parte en el proceso.[14] Por lo que la víctima está legitimada para formular recurso de reforma, de apelación o casación, contra el auto de sobreseimiento.

La víctima, como parte en el proceso penal, podrá solicitar que el juicio oral, se celebre a puerta cerrada, dada la importancia que tiene ello, para su protección en el proceso penal, ya que el Juez o Tribunal podrá acordar de oficio, o a

13. Hay que tener en cuenta, que el art. 544 quinquies, se ha introducido como nuevo por Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito

14. Sobre la comunicación y revisión del sobreseimiento. Ver «La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015» de Marchena Gómez. M. y Gónzalez-Cuellar Serrano. N. (prólogo del Ministro de Justicia Rafael Catalá Polo), Edit. Castillo de Luna, Madrid. 2015. pp 154 y 155.

instancia de cualquiera de las partes. Sobre todo, si la víctima se ha personado deberá darle audiencia, para que todos o algunos de los actos o de las sesiones del juicio oral, se celebren a puerta cerrada, cuando lo exija la adecuada protección de la víctima, para su respeto o a su familia, o porque resulte necesario, para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que podrían afectar al desarrollo posterior del proceso;[15] a lo que desde el inicio de la instrucción se refiere claramente el art. 301 bis «el Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, la adopción de cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 2 del artículo 681 cuando resulte necesario para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia».

Aunque habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 707 sobre el examen de testigos menores de edad o las declaraciones de discapacitados en el juicio oral; como puede ser acordar medidas que afecten a la divulgación o publicación relativa a la identidad de la víctima, o datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta o de circunstancias personales de la víctima que han de ser valoradas para su protección.

Fundamental, para la víctima que es parte en el proceso penal, la prohibición de obtención de sus imágenes o de sus familiares. Esto, también, es de aplicación a las víctimas menores de edad o con discapacidad.[16]

Complementario de lo anterior, para el desarrollo del proceso penal es que las víctimas, en la audiencia que ante el Juez o Tribunal que se vaya a realizar, se pueda restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio oral, para preservar los derechos fundamentales de las partes, como es para la víctima, su intimidad. Por tanto, la grabación del sonido y la toma o difusión de imágenes, para proteger la intimidad de las víctimas, lo que no afecta al secreto de los debates que antes de la modificación del art. 682, por la Ley 4/2015, de 28 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito podría ocurrir.[17] Incluso esta prohibición de grabación y difusión, afecta a los testigos y peritos.

Igualmente, por el art. 709 de la LECr, las preguntas, que se formulen a la víctima, durante la celebración de las sesiones del juicio oral, no deberán afectar

---

15. De enorme importancia, la modificación del art. 681 de la LECr, sobre las medidas de protección, que afecta jurídicamente, para la protección de la víctima y sus familiares.

16. La nueva redacción del art. 681 de la LECR, protege claramente la intimidad de las víctimas, dando entrada a los derechos fundamentales para la víctima, por su participación en el proceso penal.

17. Acerca del secreto del sumario y las actuaciones en el proceso penal, hay que tener en cuenta el nuevo art. 302 de la LECR, modificado por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho de interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales.

a su vida privada, porque se pueden considerar innecesarias al no tener relevancia para el hecho enjuiciado. Lo que supera el plano jurídico de las preguntas o repreguntas que se formulen al testigo que declare en el juicio oral, sobre los mismos hechos enjuiciados.

5. Legitimación de la víctima en la ejecución de las penas

Es conocido que, el artículo 11 del EVD, legitima la participación de la víctima en el proceso penal y que fundamenta su legitimación como parte en cualquier causa penal, donde se vea afectado como víctima directa o indirecta, a los efectos de evitar incluso la victimización secundaria. Por ello, la víctima, también se encuentra legitimada, como parte personada en los incidentes de la ejecución como puede ser la suspensión de la condena y la sustitución de la pena privativa de libertad, y en la ejecución de las penas privativas de libertad, sobre la pena de prisión y sus diferentes grados, con respecto al condenado, ya que, no solo deriva de su derecho a la información sobre la causa penal, sino también, respecto al tercer grado y los beneficios penitenciarios.[18]

Aquí la base legislativa para la intervención de la víctima, la ha realizado en 2015, el EVD, en el importante artículo 13, donde hay que destacar, como las víctimas están legitimadas para solicitar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que considere necesarias para garantizar su seguridad, cuando el condenado-penado, hubiera sido por hechos de los que se podrían derivar una situación de peligro para la víctima, dentro de un criterio de razonabilidad.

Por ello, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, tiene que dar traslado a la víctima en un plazo breve, de 5 días, para que pueda formular sus alegaciones; incluso aunque no se haya personado, dado el derecho de la víctima a ser informada desde el primer contacto con las autoridades competentes, por el amplio derecho que el artículo 5 del EVD, reconoce a la víctima, por su derecho a la información sobre la causa penal.[19]

Los recursos de la víctima, vendrán marcados por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

---

18. Sobre la ejecución en el proceso penal, ver Esparza Leibar. I. «Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal» pp 542 a 544 y 548 a 554. 23 edición., obra realizada con Montero Aroca. J. Gómez Colomer. J.L. Barona Vilar. S. Etxebarría Guridi. J.F. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2015. Ver también la obra de Marchena Gómez y Gónzalez-Cuellar Serrano. N. «Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Prologo del Ministro de Justicia. op. cit. pp 155-156.

19. Por ello, la víctima, como ya hemos dicho, debe facilitar a la autoridad, aparte de su domicilio, una dirección de correo electrónico o una dirección postal, a la que se remitirán las comunicaciones y notificaciones.

Por lo tanto la participación de las víctimas en la ejecución de las penas, viene marcada por la posibilidad que tienen de impugnar ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria los Autos por los que se dispone la clasificación del penado en tercer grado, antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de algunos de los delitos, que enumera el art. 13 nº 1, letra a) del EVD, como son:

— Delitos de homicidio.
— Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.
— Delitos de lesiones.
— Delitos contra la libertad.
— Delitos de tortura y contra la integridad moral.
— Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
— Delitos de robo cometidos con violencia e intimidación.
— Delitos de terrorismo.
— Delitos de trata de seres humanos.

También el Auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, acuerde, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, cuando la víctima fuera de algunos de los delitos enunciados anteriormente, o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal. Igualmente el Auto, por el que se concede al penado la libertad condicional.

Esto es importante, para la legitimación de la víctima, en el desarrollo del proceso penal en el que se encuentre vinculada como victima directa o indirecta, en lo que afecta a la ejecución del proceso penal, donde se encuentre inmerso, al contemplarse, en la ejecución del proceso penal, normas concretas para las víctimas de delitos, que podrán impugnar las resoluciones que afecten a la libertad y a los derechos y beneficios penitenciarios, a los que pueda tener acceso el condenado.

6. Conclusiones

La víctima, con la Reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal de 2015, desde que se inicia un proceso penal, con las diversas fases de iniciación, desarrollo y conclusión, hasta que termine con la ejecución, tiene legal y procesalmente la legitimación activa, para tener la tutela judicial efectiva.

El derecho a ejercitar, por la víctima, la acción penal y civil, justifica su legitimación, que viene configurada por derechos extraprocesales y procesales. Por lo que su legitimación configura, a la víctima, como parte penal y civil necesaria en el proceso penal.

La víctima al personarse mediante la acción penal, podrá solicitar actos de investigación y prueba durante la fase de instrucción, que vehiculará jurídicamente la acusación y el enjuiciamiento del encausado, al poder obtener una sentencia para la condena del acusado.

Con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, se ha conseguido una igualdad de las partes personadas en un proceso penal, por hechos delictivos, donde a la víctima, se le van aplicar los principios del proceso y procedimiento penal, con posibilidad de que las sesiones de juicio oral se realicen a puerta cerrada y sin grabación de imágenes, por su intervención como parte activa.

Fundamental, para la actuación en el proceso penal de la víctima, son las medidas cautelares y de protección que puede solicitar la víctima, y no solamente por el Ministerio Fiscal; y que necesariamente deberá acordar el Juzgado de Instrucción o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, atendiendo al carácter de la persona, al delito, y sus circunstancias, a la entidad del delito, gravedad y vulnerabilidad de la víctima.

La legitimación de la víctima en el proceso penal, implicaría la mayoría de las veces, la protección de su identidad e intimidad., evitando la difusión y grabación de imágenes, en las diversas sesiones que puedan acontecer en un juicio oral, aunque se podrán utilizar otros medios tecnológicos, para facilitar el desarrollo de la causa penal, en el proceso correspondiente.

Relevante papel desarrollará la víctima, con su legitimación, en la ejecución de la sentencia, cuando el condenado pase a depender de la autoridad penitenciaria, donde la impugnación de las resoluciones penitenciarias, implican la igualdad de armas jurídicas con las demás partes intervinientes en el proceso penal.

La remisión por la policía judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido

José Martín Pastor
Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho Procesal de la Universitat de València

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿El por qué de la reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido?. 3. El régimen de remisión de los atestados a los jueces y fiscales. 3.1. La regla general. 3.2. Las excepciones a la regla general. 3.3. Las excepciones a la excepción. 3.3.1. Que se esté en presencia de determinados tipos de delito. 3.3.2. Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y ésta haya tenido algún resultado. 3.3.3. Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión del atestado. 4. Algunos supuestos controvertidos. 4.1. ¿Se debe remitir el atestado para solicitar una diligencia de investigación al Juez instructor a pesar de no conocerse el autor del delito? 4.2. Transcurridas las setenta y dos horas desde la apertura del atestado, ¿puede la Policía seguir investigando autónomamente, o queda el delito sin investigar y, de hecho, impune? 4.3. La reiteración de la denuncia y la victimización secundaria. 4.4. Un deficiente control de la actuación policial por el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial. 4.5. ¿Acabarán todas las denuncias presentándose ante los Juzgados de Instrucción? ¿Supondrá esta medida una verdadera agilización de la justicia penal?. 4.6. ¿Se podrá perseguir penalmente el delito de simulación de delito? 4.7. ¿Qué imagen tendrá el ciudadano de la Policía Judicial?

1. Introducción

En el marco de las Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con ocasión del Memorial dedicado al querido y añorado Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez, tuve la ocasión de intervenir en la segunda Mesa Re-

donda dedicada a las «Medidas de agilización de la justicia penal», para tratar la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha tenido por objeto la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

En concreto, en dicha ley se abordan las siguientes cuestiones:

a) El establecimiento de disposiciones tendentes a la agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas.
b) La previsión de un procedimiento de decomiso autónomo.
c) La instauración general de la segunda instancia.
d) La ampliación del recurso de casación.
e) La reforma del recurso extraordinario de revisión.

Dentro de las medidas destinadas a la agilización de la justicia penal cabe destacar las siguientes:

a) La modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales.
b) La reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido.
c) La fijación de plazos máximos para la instrucción.
d) La regulación de un procedimiento monitorio penal.

Los apartados siguientes están dedicados al comentario de la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido.

Esta concreta reforma responde a la finalidad de suprimir el régimen de remisión obligatoria por parte de la Policía Judicial a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos cuyo autor se desconozca.[1]

---

1. Por los motivos que se indicarán a continuación, De La Oliva Santos, A., «La policía, con el deber «legal» de no hacer nada y el poder de impedir la acción de la justicia», en http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/2015/03/la-policia-con-el-deber-legal-de-no.html, se ha mostrado muy crítico con esta reforma, aduciendo que «teniendo en cuenta las circunstancias históricas y los factores humanos de la actualidad, la regresión que este cambio supondría, aquí y ahora, me parece tremenda y difícilmente igualable en la monstruosidad. Y aunque es difícil encontrar tiempo para tanta ocurrencia desdichada y para tanto engaño, hoy he logrado un rato para dar a conocer la temible novedad que nos acecha. No logro entender que una reforma así pueda ser defendida o disculpada por personas con algún sentido común y una mínima sensibilidad hacia sus conciudadanos. Quedan desprovistos de cualquier verosimilitud y de toda legitimidad los discursos electorales de estos días y de los venideros que puedan pronunciar los promotores y de algún modo defensores de tamaño disparate».

Esta nueva regulación encuentra su precedente en el frustrado Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que preveía en sus arts. 449 y 450 la remisión del atestado únicamente cuando en el curso de la investigación policial se hubiera identificado al presunto responsable de la infracción penal.

El 449.1 de dicho documento contemplaba la comunicación por medio de atestado, estableciendo que «cuando en el curso de la investigación se haya identificado al presunto responsable de la infracción penal, se elaborará un atestado que será inmediatamente entregado al Ministerio Fiscal sin necesidad de esperar a que la persona investigada sea detenida o localizada».

Por su parte, su 450 preveía la comunicación por medio de relación, prescribiendo que «mientras no haya sido identificado el responsable de la infracción, la Policía Judicial continuará practicando por sí misma las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos y la averiguación de su autor. Estas actuaciones quedarán debidamente documentadas en los archivos policiales, debiendo incluir en todo caso una breve descripción de los hechos, así como la identidad de las personas denunciantes y de las víctimas, si las hubiere», y que «mediante relación periódica la policía informará al fiscal de las denuncias recibidas y de las investigaciones realizadas».

2. ¿El por qué de la reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido?

Hasta la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, todos los atestados debían ser remitidos a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal.

En concreto, el art. 284, I LECRIM imponía a la Policía Judicial la comunicación a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de los hechos presuntamente delictivos, estableciendo que «inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado».

Asimismo, el art. 295, I LECRIM se ocupaba de la puesta en conocimiento a la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal de las diligencias practicadas por la Policía Judicial, y establecía el plazo para ello, disponiendo que «en ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar

transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado».

Por su parte, el art. 295, II LECRIM establecía las sanciones derivadas del incumplimiento de este deber.

Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, no todos los atestados deberán ser remitidos a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal. En principio, salvo en supuestos excepcionales, los atestados policiales relativos a delitos cuyo autor se desconozca no serán remitidos, sino que serán conservados por la Policía Judicial a disposición de jueces y fiscales.

Los argumentos utilizados por el legislador, en el apartado II, III del Preámbulo de la mencionada norma, para justificar esta reforma son los siguientes:[2]

a) Remediar el uso irracional de los recursos humanos y materiales de la Administración de Justicia para la gestión los atestados policiales sin autor conocido.
b) Poner fin a un trabajo superfluo y perturbador, ya que este tipo de atestados provoca que los juzgados abran diligencias innecesarias, que son inmediatamente archivadas, previo visto del Ministerio Fiscal.
c) Evitar que todas los atestados acaben llegando a los juzgados cuando no exista avance respecto de la situación inicial.
d) Para garantizar un adecuado control judicial es suficiente con que tales atestados sean conservados por la Policía Judicial a disposición de los jueces y fiscales.

---

2. El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, pp. 30-31, fue favorable a la propuesta de reforma, indicando que «en las referencias estadísticas de la últimas Memorias de la Fiscalía General se ha venido poniendo de relieve la acusada diferencia que existe entre el dato bruto de diligencias previas incoadas anualmente, más de cuatro millones, y el número de procedimientos que llegan a tener sustantividad, apenas seiscientos mil.
La masiva incoación de diligencias judiciales responde a la automática remisión de la totalidad de los atestados desde la Policía a los Juzgados de Instrucción, cuya gestión genera una ingente burocracia de registro, incoación de diligencias previas que son de inmediato archivadas previo visto del Ministerio Fiscal.
El Consejo Fiscal comparte con el Prelegislador la necesidad de minorar esta burocracia perniciosa, que permitirá a la oficina judicial y fiscal aplicar sus medios personales y materiales, siempre ajustados, a los procedimientos viables. (…)
Además, la modificación proyectada generará otro efecto beneficioso: la estadística judicial penal dejará de estar basada en el hecho criminal, centrándose, como corresponde a su naturaleza, en el análisis de la realidad, evolución y problemática de los procedimientos judiciales».
Marchena Gómez, M. - González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 72, también aplauden esta reforma, indicando que «la atribución de tamaña responsabilidad contribuyó a la burocratización del trabajo del Juzgado de Instrucción, en buena medida dedicado a la gestión del archivo de los delitos sin autor conocido, pese a que ningún pronóstico razonable conduzca a prever que podrá ser descubierto —y menos por el Juzgado por sí mismo—».

3. El régimen de remisión de los atestados a los jueces y fiscales

3.1. La regla general

Para garantizar que no habrá investigaciones autónomas por parte de la policía los arts. 284 y 295 LECRIM establecen la regla general de remisión de los atestados a los jueces y fiscales.

Según el art. 284.1 LECRIM «inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado».

Por su parte, de acuerdo con el art. 295.1 LECRIM, «en ningún caso los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado, salvo en los supuestos de fuerza mayor y en el previsto en el apartado 2 del at. 284 LECRIM».

Cuando se haya remitido el atestado, continuará la actividad investigadora de la policía bajo el control y la dirección del juez responsable de la instrucción, al que se dará cuenta de las actuaciones que se practiquen y de su resultado.

3.2. Las excepciones a la regla general

El citado art. 295.1 LECRIM establece dos excepciones a la regla general de remisión de los atestados a los jueces y fiscales, excluyendo los casos de fuerza mayor y los supuestos contemplados en el art. 284.2, I del mismo texto legal.

Este último precepto prevé que «cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo».

De ahí que, por regla general y frente a lo que venía sucediendo hasta la reforma, las investigaciones sin autor conocido quedarán archivadas en sede policial.

3.3. Las excepciones a la excepción

Los atestados relativos a delitos sin autor conocido no deberán ser remitidos a jueces y fiscales, excepto cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias previstas en el art. 284.2, I LECRIM:

a) Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad y la indemnidad sexuales, o de delitos relacionados con la corrupción.
b) Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y ésta haya tenido algún resultado.
c) Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión.

3.3.1. Que se esté en presencia de determinados tipos de delito

En función de lo dispuesto por el art. 284.2, I, a) LECRIM la remisión de los atestados a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal será preceptiva en todo caso respecto a materias especialmente sensibles. En concreto, cuando tengan por objeto delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad y la indemnidad sexuales, o delitos relacionados con la corrupción.[3]

Como se puede observar, a estos efectos el legislador distingue, por una parte, entre delitos que afectan a determinados bienes jurídicos protegidos —la vida, la integridad física, y la libertad y la indemnidad sexuales—, y, por otro lado, entre hechos punibles encuadrables en una determinada categoría —los relativos a la corrupción—.

Aunque el Código Penal no prevé como categoría de delitos la corrupción —salvo en el caso de los «delitos de corrupción en los negocios» (arts. 286 bis a 286 quater)— dentro de dicha categoría habría que incluir, además y como mínimo, todos los «delitos contra la Administración pública» (arts. 404 a 445) y, dentro de los «delitos contra la Administración de Justicia», la prevaricación

---

3. Este supuesto es consecuencia del Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, pp. 30-31, en el que se estimó que «la exclusión de la obligación de remisión por la Policía al Juzgado de Instrucción de la totalidad de los atestados sin autor conocido puede afectar al control jurisdiccional de la actividad de la Policía Judicial, que constituye una exigencia elemental del principio democrático de separación de poderes.
Si bien los órganos jurisdiccionales deben verificar la correcta apreciación de las cuestiones jurídicas y fácticas contenidas en los atestados, lo cierto es que cuando éstos se refieren a determinados delitos menos graves —como los delitos contra el patrimonio producidos en medios de transporte o aglomeraciones u otros similares, en los que las posibilidades en encontrar al autor del delito es prácticamente imposible— el pretendido control judicial constituye una infructífera rutina burocrática.
Sin embargo, el Consejo Fiscal estima que el control jurisdiccional debe realizarse directamente y en todo caso, mediante la remisión de los atestados, incluso sin autor conocido, cuando se refieran a delitos contra la vida, la integridad física o la libertad o indemnidad sexual».

(arts. 446 a 449) y la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450).[4]

Interesa poner de relieve que la apreciación, en el caso concreto, de si existe o no un interés público en remitir los atestados relativos a determinados delitos la realiza el mismo legislador.

A mi juicio, estamos ante un ejercicio del principio de oportunidad, no por el órgano público encargado de la acusación —el Ministerio Fiscal— sino por parte del propio legislador

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 aunque la regla general era la no remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido, en su art. 451.1 estaba previsto que «el Fiscal General del Estado y los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán disponer que la investigación de determinadas clases de delitos sea siempre comunicada mediante atestado, aunque no exista autor conocido».

En esta propuesta de regulación la valoración, en el caso concreto, de si existe o no un interés público en remitir los atestados relativos a una determinada clase de delitos quedaba en manos de los órganos superiores del Ministerio Fiscal.

3.3.2. Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y ésta haya tenido algún resultado

En virtud del art. 284.2, I, b) LECRIM el atestado también deberá ser remitido cuando por la Policía Judicial se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y la misma haya tenido algún resultado.

En el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, con el objeto de impedir las investigaciones autónomas por la policía más allá del plazo establecido para la puesta a disposición judicial del detenido (arts. 17.2 CE y 520.1 bis LECRIM), se preveía la remisión del atestado, con ca-

---

4. Comparto la apreciación de Marchena Gómez, M. - González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma…, cit.,* pp. 74 y 75, para quienes, respecto de los delitos relacionados con la corrupción, «realmente la previsión parece innecesaria, ante la grave dificultad de imaginar una investigación por un delito de tal índole que no implique la existencia de sospechas contra una o algunas personas determinadas».

rácter obligatorio, «si se practica cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado».

Sin embargo, la redacción final de este supuesto es resultado del Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, p. 31, en el que se destacó que «la previsión contenida en el inciso final relativa a la obligación de remitir los atestados si la Policía practica diligencias transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado carece de sentido si esas diligencias no han arrojado ningún resultado positivo, en cuyo caso la Policía, obviamente, deberá remitir el atestado tan pronto este resultado se produzca. Procedería en consecuencia la supresión de dicho inciso».

En el Informe del Consejo Fiscal no se reparó en que la intención recogida en el Anteproyecto era la de prohibir las investigaciones policiales autónomas más allá de las setenta y dos horas desde la apertura del atestado.

El precepto no aclara qué tipo de resultado se tiene que producir para la preceptiva remisión del atestado. No se especifica si basta que se hayan producido avances en la averiguación del hecho o si es necesario que se haya progresado en la identificación de su autor.

El apartado II, III del Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, es más preciso, al establecerse que «deberán también remitirse todos los atestados en los que, pasadas las primeras setenta y dos horas, la Policía Judicial practique cualquier diligencia tendente a la identificación del autor, siempre que arroje algún resultado».

Por lo tanto, una vez que se produzca la identificación del posible autor o se avance en la misma, se pondrá la investigación a disposición del juez y fiscal competentes por medio de la remisión del correspondiente atestado.

3.3.3. Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión del atestado

Según el art. 284.2, I, c) LECRIM también se deberá remitir el atestado cuando el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial lo soliciten a la Policía Judicial.

Esta potestad de dichos sujetos para solicitar la remisión del atestado deriva de la dirección funcional que ostentan sobre la Policía Judicial.

Esta previsión trata de permitir un control de la investigación policial por parte de jueces y fiscales ante eventuales retrasos injustificados en la remisión del atestado.[5]

Podríamos preguntarnos cómo pueden el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial tener conocimiento de la existencia de un atestado y solicitar su remisión.[6]

Una respuesta parcial a este interrogante nos la ofrece el art. 284.2, II LECRIM, según el cual «de conformidad con el derecho reconocido en el artículo 6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la Policía Judicial comunicará al denunciante que en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción».

Esta comunicación es resultado del Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, p. 31, en el que «se sugiere, no obstante, como medida en protección de la víctima, que se establezca el deber de la Policía de comunicar al denunciante que las actuaciones van a ser archivadas sin remisión a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la Fiscalía o el Juzgado».

Considero que esta comunicación se tendrá que realizar en cualquier caso, aunque la víctima denunciante no haya realizado la solicitud contemplada en el art. 5.1, m) EVD.

Según este precepto «toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos: (…) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección

---

5. Para Marchena Gómez, M. - González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma…, cit.,* p. 75, esta regulación es oportuna «porque mediante la impartición de instrucciones adecuadas por parte de la Fiscalía General del Estado, sobre la vigilancia por los miembros del Ministerio Público de las investigaciones policiales efectuadas tras las primeras setenta y dos horas en las causas sin autor conocido, pueden evitarse excesos consistentes en la recopilación de informaciones policiales sobre el hecho punible efectuadas con fingida ignorancia sobre cualquier dato relativo a la autoría».

6. Durante la tramitación parlamentaria de la norma, De La Oliva Santos, A., «La policía…», cit., comentaba que «es una previsión o muy tonta o muy cínica, porque se hace difícil de imaginar cómo van a solicitar la remisión de algo que no conocen».

de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad».

Por su parte, el art. 7.1. a) EVD prevé que a «toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, (…) se le notificarán las siguientes resoluciones: (…) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal».

Y ello porque no concurre el supuesto descrito en el último precepto transcrito, ya que la no remisión del atestado relativo a delito sin autor conocido no tiene lugar mediante una resolución por la que se acuerde no incoar el procedimiento penal.

4. Algunos supuestos controvertidos

4.1. ¿Se debe remitir el atestado para solicitar una diligencia de investigación al Juez instructor a pesar de no conocerse el autor del delito?

La reforma no aclara si se deberá remitir el atestado cuando se solicite por la policía una diligencia de investigación —tendente a la averiguación del hecho o a la identificación de su autor— al juez instructor, en aquellos supuestos en que se requiera su previa autorización, a pesar de no conocerse el autor del delito.

A mi juicio, nos encontramos ante otro de los supuestos en los que, a pesar de no conocerse el autor del delito, la Policía Judicial debería remitir el atestado al órgano jurisdiccional, esto es, «judicializar» el atestado.

El art. 449.3 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 resolvía, a mi entender, adecuadamente esta cuestión, al prescribir que «también se formará atestado cuando se trate de realizar un acto de investigación que exija previa autorización del Ministerio Fiscal o del Juez de Garantías».

4.2. Transcurridas las setenta y dos horas desde la apertura del atestado, ¿puede la Policía seguir investigando autónomamente, o queda el delito sin investigar y, de hecho, impune?

Como ya se ha indicado, para garantizar que no habrá investigaciones autónomas de la policía, los arts. 284 y 295 LECRIM establecen la regla general de remisión de los atestados a los jueces y fiscales.

Y una de las funciones de la instrucción penal, además de la averiguación del hecho punible, es precisamente la identificación del posible responsable del

mismo. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 299 LECRIM, al definir las funciones y el contenido de la instrucción penal, «constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos».

En consecuencia, se plantea el interrogante de si, cuando no exista una persona claramente identificada como posible responsable de la infracción penal y una vez transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado, ¿puede la Policía seguir investigando autónomamente, o queda el delito sin investigar y, de hecho, impune?

Este interrogante se origina, porque, como se ha señalado, el Anteproyecto de Ley trataba de impedir las investigaciones policiales autónomas fuera del plazo establecido para la puesta a disposición judicial del detenido, contemplando la preceptiva remisión del atestado «si se practica cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado».

Sin embargo, la redacción vigente del precepto es consecuencia del mencionado Informe del Consejo Fiscal, en el que se destacó que el deber de remitir el atestado si la policía practicara diligencias transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del mismo carecería de sentido si esas diligencias no hubieran alcanzado ningún resultado positivo, y en el que no se tuvo en cuenta la finalidad recogida en el Anteproyecto.

Una primera solución, partiendo de una interpretación literal del precepto —«que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado»—, es considerar que lo que está permitiendo el legislador, aunque de forma implícita, son las indagaciones preliminares autónomas de la policía, una vez transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado, que sólo estarían justificadas cuando no existiera un sujeto claramente identificado como posible responsable del delito.

De esta forma, la Policía Judicial podría realizar por sí misma determinadas actuaciones investigadoras, que deberían cesar con la identificación del sujeto que se considerara responsable. Las indagaciones policiales previas tendrían un punto final obligado con la identificación de la persona a la que se imputara la comisión del delito.

Una vez realizada esta averiguación, la amenaza potencial que la investigación supone para la libertad y los derechos del investigado requeriría formalizar las actuaciones en un procedimiento judicial, mediante la remisión del correspondiente atestado.

La determinación del posible responsable impondría el inicio del verdadero procedimiento judicial de investigación, que conllevaría garantías formales de gran importancia, como la duración limitada de la fase de instrucción en beneficio de la persona que se convertiría en sujeto pasivo de la misma.

Con todo, la existencia de una investigación policial, preliminar y autónoma, al margen del control de jueces y fiscales, hubiera requerido una previsión legal expresa, y no tener que deducirse implícitamente del art. 284.2, I, b) LECRIM.

No obstante, no seguir la interpretación expuesta y considerar inadmisibles las indagaciones policiales autónomas fuera del plazo de las setenta y dos horas, supondría, al no estar permitida la remisión del atestado relativo a delito sin autor conocido, la perniciosa consecuencia de que el delito quedaría sin investigar y, de hecho, impune.[7] Estaríamos, en consecuencia, ante un archivo provisional *de facto* del atestado por la Policía Judicial.

A mi juicio, para soslayar tanto las investigaciones policiales autónomas como las situaciones de impunidad, urge la reforma del art. 284.2, I, b) LECRIM en el sentido propuesto en el Anteproyecto, imponiendo a la Policía Judicial la remisión del atestado cuando practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde su apertura.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 sí que daba un tratamiento claro y expreso a esta situación, ya que su art. 450 preveía la comunicación por medio de relación, prescribiendo que «mientras no haya sido identi-

---

7. De La Oliva Santos, A., «Sobre sumarios "long play", macro-sumarios y macro-juicios», en http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/2014/12/sobre-sumarios-long-play-macro-sumarios.html, se muestra contrario al sumarísimo archivo de denuncias y apunta que «si a los mismos ciudadanos se les pregunta qué piensan, también en concreto, de que la Policía disponga de sólo 72 horas para determinar quién ha cometido un delito, de modo que, pasado ese plazo, deba arrojar al triturador de papel la denuncia y olvidarse del asunto, tengo la seguridad de que la inmensa mayoría de estos hipotéticos encuestados, si no todos, tras pensarlo un poco, considerarán que la ocurrencia es un disparate», y «que la policía (y las mismas víctimas y la gente sensata) consideren imposible identificar a todos los que "distraen" teléfonos móviles o carteras o logran entrar a robar en casas, no parece motivo razonable para esa expeditiva medida del archivo definitivo a las 72 horas (o a los cinco días). No es sólo que, de vez en cuando, se pille "in fraganti" al ratero o sí se descubra al ladrón, cosas ambas que ocurren (porque no son imposibles siempre y del todo) y que, en no pocas de esas ocasiones, se descubra un depósito de cosas sustraídas o robadas. Más importante aún es que el mensaje de esa impunidad a las 72 horas (como si es a los cinco días) resulta de insuperable inconveniencia e irracionalidad. La policía no necesita que una norma legal le organice tan drásticamente el trabajo en pos de la eficacia del empleo de su tiempo, de sus efectivos y de sus medios, siempre limitados. Y los delincuentes no pueden ser premiados de modo tan absurdo, injusto y desprotector de todos».
El mismo autor, «La policía…», cit., argumenta que, «desde luego, la Justicia penal puede ser más "ágil" si su maquinaria no tiene que procesar delitos distintos de los de la letra a) o de aquellos en que, tras "cualquier diligencia" policial, al cabo de 72 horas, aparezca que existe "autor conocido". Pero esa "agilidad" se llama, a poco que se lea el estupefaciente texto, que he transcrito tal cual de la web ministerial, IMPUNIDAD para innumerables delincuentes y CARTA BLANCA para que la policía (QUE NO HABRÍA LLEGADO A SER «POLICÍA JUDICIAL») DECIDA, por sí y ante sí, LOS HECHOS DE APARIENCIA DELICTIVA QUE SE INVESTIGAN Y SE JUZGAN. No me parece necesaria ninguna explicación porque lo que acabo de afirmar salta a la vista del texto resaltado».

ficado el responsable de la infracción, la Policía Judicial continuará practicando por sí misma las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos y la averiguación de su autor. Estas actuaciones quedarán debidamente documentadas en los archivos policiales, debiendo incluir en todo caso una breve descripción de los hechos, así como la identidad de las personas denunciantes y de las víctimas, si las hubiere», y que «mediante relación periódica la policía informará al fiscal de las denuncias recibidas y de las investigaciones realizadas».

4.3. La reiteración de la denuncia y la victimización secundaria

En virtud del art. 284.2, II LECRIM, «de conformidad con el derecho reconocido en el artículo 6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la Policía Judicial comunicará al denunciante que en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción».

Si la victimización secundaria es la que deriva de la relación posterior establecida entre la víctima del delito y el sistema jurídico penal, con la carga de tener que reiterar la denuncia ¿no se estará victimizando secundariamente a la víctima en contra de los principios de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito?

Me parece contradictorio que, por una parte, el art. 21.b) EVD, en el marco de las medidas de protección de la víctima durante la investigación penal, establezca que las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán por que, en la medida que ello no perjudique la eficacia del proceso, «se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal», y, por otra parte, el art. 284.2, II LECRIM imponga a la víctima la carga de reiterar la denuncia ante la fiscalía o el Juzgado de Instrucción.

4.4. Un deficiente control de la actuación policial por el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial

En el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para garantizar un adecuado control judicial se aduce que es suficiente con que tales atestados sean conservados por la Policía Judicial a disposición de los jueces y fiscales.

Sin perjuicio del derecho del denunciante a reiterar la denuncia ante el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial, se plantea el problema de determinar cómo

podrán el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial conocer los atestados y solicitar su remisión en aquellos supuestos en los que la policía haya tenido conocimiento de la *notitia criminis* por vías distintas a la denuncia.[8]

Para que aquéllos puedan controlar la actuación policial hubiera sido conveniente la creación de un registro de atestados al que pudieran acceder para conocerlos y, en su caso, solicitar su remisión.[9]

En el Comunicado de Jueces para la Democracia y la Unión Progresista de Fiscales sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 9 de diciembre de 2014, se apunta que «la reforma pretende disminuir las estadísticas sobre el volumen de trabajo de los juzgados al establecer que los atestados policiales sin autor conocido no sean tramitados en sede judicial, pero ello sin regular al mismo tiempo un sistema de registro de tales atestados que deberían estar siempre a disposición de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal. Se torna, pues, imprescindible la creación de una base de datos accesible a los órganos judiciales y fiscales a fin de poder supervisar la actividad policial. Además, resulta cuestionable la concepción en la que se basa dicha regulación, al apartar al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial de decisiones en materia de responsabilidad penal».

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 a pesar de que la regla general era la no remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido, en su art. 451.2 estaba contemplado que «igualmente podrá el Ministerio Fiscal ordenar en cualquier momento a la Policía Judicial la elaboración y entrega de atestado relativo a cualquier investigación que esté llevando a cabo».

El Ministerio Fiscal podía tener conocimiento de su existencia porque el art. 450.2 de aquél disponía que «mediante relación periódica la policía informará al fiscal de las denuncias recibidas y de las investigaciones realizadas».

4.5. ¿Acabarán todas las denuncias presentándose ante los Juzgados de Instrucción? ¿Supondrá esta medida una verdadera agilización de la justicia penal?

Si la Policía Judicial no remite las actuaciones a la autoridad judicial en los supuestos relativos a delitos sin autor conocido, y si la víctima tiene el derecho a

---

8. De La Oliva Santos, A., «La policía…»., cit., se pregunta «¿qué hay de los hechos de apariencia delictiva que conoce la policía y no tienen perjudicados conocidos y concretos?».

9. De La Oliva Santos, A., «La policía…», cit., advierte que «a la policía le basta llevar a cabo cualquier actuación sin éxito en el plazo de 72 horas, para sustraer del conocimiento de los órganos jurisdiccionales las "notitiae criminis" de innumerables delitos».

reiterar la denuncia ante la fiscalía o el Juzgado de Instrucción, se plantean tres interrogantes:

1º) ¿Será inútil en muchos casos presentar denuncias ante la policía?[10]
2º) ¿Acabarán presentando los ciudadanos todas las denuncias ante los Juzgados de Instrucción?
3º) ¿Supondrá esta medida una verdadera agilización de la justicia penal?

4.6. ¿Se podrá perseguir penalmente el delito de simulación de delito?

El art. 457 CP tipifica el delito de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una inexistente, provocando actuaciones procesales.

Como los atestados relativos a delitos sin autor conocido no son remitidos a la autoridad judicial, en los casos en que alguien, ante la policía, simule ser responsable o víctima de una infracción penal o denuncie una inexistente, sin identificar al presunto autor de la misma, no se provocarán actuaciones procesales, por lo que no se podrá perseguir penalmente, en estos supuestos, dichas conductas.

4.7. ¿Qué imagen tendrá el ciudadano de la Policía Judicial?

La Guardia Civil y la Policía Nacional son las instituciones más valoradas por los españoles, según los barómetros del CIS.

Los ciudadanos consideran a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como la principal institución del Estado en la que depositar su confianza.

Amén del incremento de la carga de trabajo que, para la Policía Judicial, supondrá la medida objeto de este comentario, ¿qué imagen tendrán estos ciudadanos de esta institución cuando, habiendo presentado una denuncia ante la misma, ésta les comunique que, en caso de no ser identificado el autor del delito en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, y les informe de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción?

---

10. Para De La Oliva Santos, A., «La policía…», cit., «cierto que, existiendo víctimas, éstas pueden ir directamente al Juzgado para denunciar. Por eso digo en el subtítulo que "denunciar delitos a la policía" (precisamente a la policía) será casi siempre legalmente inútil».

La conexidad en el proceso penal

Constantino Adell Artiga
Abogado. Profesor colaborador de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Presupuestos de conexidad: artículo 17 LECrim. 2.1. Un delito un procedimiento. 2.2. Supuestos tasados. 2.3. Analogía o relación entre delitos cometidos por un sujeto. 3. Plazos. 4. Efectos de la conexidad. 5. Conclusión.

1. Introducción

El Derecho Fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución, garantiza la existencia de normas de rango legal cuya aplicación permita la atribución, ex ante, del conocimiento del asunto en particular a un órgano jurisdiccional concreto. En la jurisdicción penal, son las normas previstas en el Capítulo Primero del Título Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las que configuran las reglas de atribución de la competencia. Si bien la mayoría de artículos se refieren a los supuestos en los que los hechos en cuestión son constitutivos de un único delito, los artículos 16, 17 y 18 se centran en la determinación de la competencia en aquellos supuestos en los que existe más de un hecho delictivo, bien sea cometido por un único autor o bien por varias personas.

Son precisamente dichas reglas las que han sido modificadas por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, con el fin, según reza el preámbulo de la misma, de racionalizar *los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación.*

Con tal propósito, la nueva regulación añade dos nuevos supuestos de conexidad a los cuatro ya existentes. No obstante, introduce un límite a la acumula-

ción de delitos conexos en un único procedimiento, de tal manera que, incluso en los casos tasados por la Ley, podrá rechazarse la acumulación cuando resulte más aconsejable el conocimiento de los asuntos por separado. Con igual fin, el legislador ha optado por limitar la acumulación de delitos cometidos por un único sujeto cuando ésta derive de la analogía, atribuyendo al Ministerio Fiscal y al Juez la facultad de ponderar la conveniencia con la complejidad, siendo este último el encargado de resolver lo que estime conveniente al respecto.

La nueva regulación, en virtud de la cual se amplía el margen discrecional del Juez en la toma de decisión, pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. Además, con la restricción de los supuestos de analogía se evitará, según reza el preámbulo, el frecuente trasiego de causas entre distintos juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos.

2. Presupuestos de conexidad: artículo 17 LECrim

Artículo 17

1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.
No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos:

1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.
2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.
6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

Ya en la anterior redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se articulaba la conexidad en base a determinados supuestos tasados en los que resultaba procedente la acumulación de diversos delitos en un único procedimiento, si bien se incluía también una cláusula abierta que permitía la acumulación de diversos hechos imputados a una persona cuando existiese analogía o relación entre ellos. Es precisamente a esta última, a la que en mayor medida afecta la reforma operada por la LO 41/2015, pues se atribuye un papel más relevante al Ministerio Fiscal buscando así limitar la formación de «macroprocesos» y el trasiego de expedientes de un juzgado a otro en busca de aquel que resultare competente.

2.1. Un delito un procedimiento

La primera variación de la conexidad introducida por la LO 41/2015 afecta a la regla general de aplicación de la conexidad. El antiguo artículo 300 de la LECrim, ahora derogado, disponía que cada delito que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario; es decir, que para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo ha de abrirse un proceso penal independiente. Como excepción, el meritado precepto establecía que los delitos conexos se comprenderían, sin embargo, en un solo proceso.

Pues bien, la LO 41/2015 comienza por modificar la ubicación sistemática de dicha regla, anteriormente enmarcada en el Título IV dedicado al procedimiento sumario, situándola junto al resto de normas generales de atribución de la competencia en el Titulo II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Traslado que, no obstante, carece de efectos prácticos pues ya resultaba de aplicación al resto de procedimientos al formar parte de la normativa de aplicación supletoria.

En segundo lugar, la nueva redacción del artículo 17.1 de la LECrim restringe los supuestos en los que los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa a aquellos en los que, la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes. No obstante, el legislador ha previsto la posibilidad de exceptuar la acumulación de los delitos conexos, aun concurriendo tales requisitos, cuando ello suponga dotar al procedimiento de excesiva complejidad o acarree importantes dilaciones en el proceso.

De esta forma, se atribuye al Juez instructor un cierto margen de discrecionalidad para valorar la concurrencia de las reglas y condiciones de conexidad y, en atención a las circunstancias concretas y al estado de las causas, proceder o no a la acumulación procesal de objetos penales. Potestad que recoge el criterio jurisprudencial aplicado por Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia

5698/2012 de 26 de junio, en la que se reconocía al Juez instructor la facultad de romper la regla combinada de los arts. 300 y 17 LECrim (actual 17.1) bien denegando la acumulación de las causas o, como término intermedio, mediante la apertura de piezas separadas en un mismo procedimiento.

2.2. Supuestos tasados

En segundo lugar, la nueva redacción del artículo 17.2 de la LECrim enumera los supuestos en los se apreciará la conexidad delictiva, a los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia.

1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.

Este criterio subjetivo de conexidad mantiene la esencia de la regulación anterior, si bien se ha suprimido la segunda condición de que los partícipes estuviesen sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

El segundo criterio, también subjetivo, mantiene intacta su redacción, subordinando la conexidad a la existencia de un plan preconcebido.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

Tampoco han sufrido modificación alguna los criterios de conexidad objetivos que incluyen aquellos supuestos en los que existen una relación de concurso medial entre varios delitos cometidos por una misma persona.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

Se mantiene intacto también el segundo criterio objetivo.

5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

En este supuesto, la LO 41/2015 ha introducido un nuevo criterio que la doctrina ha venido a denominar delitos en conexión subsiguiente; refiriéndose a aquellos que dependen de la existencia de un delito precedente cometido por una persona distinta, si bien, en el caso del blanqueo de capitales, el art. 301 CP tipifica desde la reforma operada en 2.010 las conductas de autoblanqueo.

Así mismo, la nueva redacción reconoce expresamente, mediante su inclusión en la norma legal, la conexidad entre el delito de encubrimiento y el precedente en los supuestos 2º y 3º del art. 451 CP, refiriéndose a los cometidos para que el delito no sea descubierto (favorecimiento real) o para que los autores eludan las consecuencias penales de su conducta (favorecimiento personal).

6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Este nuevo supuesto de conexidad eleva a rango de ley la habilitación jurisprudencial que ya desde el acuerdo del pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 1998, venía admitiendo la posibilidad de que, excepcionalmente, un sujeto ostentase la doble condición de acusador y acusado en un procedimiento en el que se tratasen diferentes problemas de un mismo acontecimiento o acontecimientos no separables. En el caso de referencia, la cuestión se suscitó precisamente en un supuesto de lesiones provocadas mutuamente en el seno de una pelea.

De este modo, con la aplicación de la teoría de la división de la continencia de la causa, se pretenden evitar que pudieran darse sentencias contradictorias, refiriéndose el meritado acuerdo precisamente a un supuesto en el que existían lesiones y daños mutuos.

2.3. Analogía o relación entre delitos cometidos por un sujeto

Como ya se ha avanzado en líneas anteriores, el supuesto de conexidad por analogía es el que ha sufrido un mayor impacto con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal. Así lo explica el preámbulo de la LO 41/2015, en el que se señala que la simple analogía *o relación entre sí no constituye una causa de conexión* sino que *la acumulación sólo se justificará cuando el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, lo considere conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes.* Eso sí, a la hora de tomar una decisión sobre estos delitos, el Juez deberá ponderar la conveniencia de acordar o no la acumulación en relación a la complejidad o eventuales retrasos que la investigación y el enjuiciamiento conjunto de los delitos pueda acarrear para el procedimiento.

Con la nueva redacción del precepto se introducen tres importantes novedades sobre la anterior articulación de la acumulación por analogía. En primer lugar, se descarta que la analogía o relación entre varios delitos cometidos por un sujeto constituya una causa de conexidad por sí misma. Nótese que el apar-

tado tercero del artículo 17 LECrim se refiere a delitos que no sean conexos pero guarden relación o analogía entre ellos.

En segundo lugar, el legislador ha introducido un nuevo requisito para la acumulación de delitos análogos o relacionados entre sí: que todos ellos sean de la competencia del mismo órgano judicial. Con esta medida se pretende evitar el frecuente trasiego de causas entre distintos juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos, tal y como reza la exposición de motivos de la LO 41/2015.

Finalmente, se reconoce al Ministerio Fiscal, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, la facultad de instar al Juez a acordar la acumulación de este tipo de delitos en único procedimiento cuando lo considere conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades. No obstante, pese a la exclusiva mención del fiscal, nada parece impedir que sea alguna de las partes personadas en el procedimiento, bien sea la acusación particular o la defensa, la que solicite la acumulación en base a los motivos expuestos o que sea el propio Juez de oficio quien la acuerde.

Dada la amplitud de supuestos delictivos que pueden ser considerados análogos a efectos de la acumulación, resulta interesante analizar la interpretación que hasta la fecha han venido realizando los Tribunales sobre los criterios de aplicación del meritado precepto.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo (SS 10.11.1982, 28.6.1984, 16.12.1987, 15.2.1996) ha entendido que la analogía puede derivar de plurales circunstancias como pueden ser la proximidad geográfica y temporal, la identidad de bien jurídico lesionado, del precepto penal violado o la semejanza del modus operandi, además de la conexidad subjetiva, adoptando un criterio interpretativo que huye de posturas restrictivas en su aplicación. Si bien, como dispone la sentencia del TS de 15.11.1995, tampoco debe aplicarse cuando la conexión analógica, por las razones que fueren resulta forzada.

Algunas sentencias han llegado más lejos en la aplicación del criterio de analogía, asumiendo que para su apreciación bastaría con que los delitos sean meramente semejantes entre sí. De este modo, acuden al criterio interpretativo «in bonan partem» para aplicar los principios de unidad procesal, rapidez de la justicia y economía del procedimiento como justificación para acumular los hechos atendiendo a su naturaleza, al bien jurídico lesionado, al modo de actuar del agente o a la homogeneidad de los hechos. Con ello, eluden criterios rígidos y principios generalizadores prohibitivos que puedan obstaculizar la aplicabilidad de la acumulación conexidad (STS 28 de enero de 1975, 10 de noviembre de 1982, entre otras)

Visto lo anterior, resulta comprensible el interés del legislador en acotar la interpretación de dicho criterio para lograr una mayor celeridad y eficacia de los procedimientos penales.

3. Plazos

Otra cuestión de especial relevancia en torno a la acumulación de hechos delictivos es la determinación del momento preclusivo para ello. La interpretación efectuada por nuestros Tribunales ha sido unánime al mantener que en materia jurídico penal ha de buscarse una hermenéutica acorde con la C.E, por ser favorable al reo.

El artículo 17. 5 de la LECrim en su redacción anterior establecía como límite para la acumulación que los delitos en cuestión no hubieran sido sentenciados. Dicho criterio parece mantenerse tras la reforma operada por la LO 41/2015, pues se refiere a la posibilidad del enjuiciamiento en la misma causa aplicando tácitamente la misma restricción.

No obstante, dicho criterio ha sido matizado por el Tribunal Supremo, el cual interpretó que resulta procesalmente imposible acumular un procedimiento en fase de instrucción a otro en fase de juicio oral (igualmente imposible al contrario), estableciendo como momento preclusivo para la acumulación el Auto de apertura de Juicio Oral.

El motivo, expuesto entre otros por el Auto del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1998 ponente Sr. de Vega Ruiz, hace referencia a las consecuencias procesales que tendría la acumulación de nuevos delitos en un procedimiento que se hallase ya en fase de Juicio Oral. En este sentido, razona el Alto Tribunal que la inclusión de hechos nuevos en un procedimiento en fase de enjuiciamiento implicaría, necesariamente, decretar la nulidad del Auto de apertura del juicio oral, así como del Auto de incoación del Procedimiento Abreviado (y de las actuaciones intermedias, como los escritos de calificación de las acusaciones) pues de lo contrario se produciría una situación de indefensión del encausado; sin que existiera causa alguna de nulidad que justificase tal actuación, de conformidad con el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otro lado, la acumulación de distintos delitos en un único procedimiento introduce distorsiones en la institución de la prescripción, pues nada impide que los delitos acumulados tengan un marco penológico distinto y, en consecuencia, distintos plazos de prescripción. Para solventar la disyuntiva en torno a los plazos que han de tomarse en consideración en tales

supuestos, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26-10-2010, determinó que en los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.

4. Efectos de la conexidad

Tal y como se ha expuesto, la concurrencia de supuestos de conexidad implica, indefectiblemente, la alteración de las normas de determinación de la competencia de los órganos judiciales, de tal manera que habrá de aplicarse lo preceptuado en el artículo 18 de la LECrim.

De este modo se establecen tres criterios de atribución de la competencia para los casos en los que se acuerde la acumulación de diversos delitos en una sola causa, cuya aplicación se hará de forma escalonada.

En virtud del citado precepto serán competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos los Jueces y Tribunales:

1º del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor,
2º que primero comenzare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena,
3º el que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cual comenzó primero.

Sin embargo, en el apartado segundo del artículo 18 de la LECrim se prevé una norma de aplicación preferente, en virtud de la cual será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, el Juez o Tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.

Por último, en relación al enjuiciamiento de los delitos conexos, la Ley Rituaria reconoce al órgano judicial competente «dos válvulas de escape» para solventar la complejidad frecuentemente derivada de la acumulación de delitos, así como de los inconvenientes que en la práctica puede acarrear la conexidad.

Por un lado, el art. 762.6º de la LECrim permite al Juez o Tribunal competente acordar la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento, cuando existan elementos para su enjuiciamiento independiente, así como para juzgar a cada uno de los encausados cuando sean varios. En este sentido, la Jurisprudencia ha interpretado que ello será posible en los supuestos de conexidad de conveniencia, reconociendo supuestos en los que la regla del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos, no es una regla imperativa y de orden público y que la misma debe ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso (STS de 29 de julio de 2002).

Por otro, el artículo 842 de la LECrim establece para los supuestos en los que sean dos o más lo procesados, la posibilidad de suspender el curso de la causa respecto a los que fueran declarados rebeldes hasta que sean hallados, y continuar respecto a los demás.

5. Conclusión

En definitiva, la reforma operada por la LO 41/2015 para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales no hace sino remarcar la distinción establecida por la jurisprudencia de nuestros Tribunales en virtud de la cual existen dos clases de conexidad delictiva: la conexidad necesaria y la conexidad de conveniencia. Dicha línea jurisprudencial establecía que, si bien la conexión es, prima facie, una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos, las exigencias procedimentales derivadas de esa conexidad son más fuertes en unos casos que en otros (STS de 5 de marzo de 1993).

De esta manera, se distinguen supuestos de **conexidad necesaria**, vinculados al principio de indivisibilidad, lo cual obliga a enjuiciar conjuntamente todos los elementos de un mismo hecho, como respuesta a la existencia de una única pretensión punitiva cuya resolución no puede fraccionarse. En estos supuestos, en los que concurre un nexo objetivo en los hechos, no sería posible el enjuiciamiento por separado, o habría graves inconvenientes para ello, de las diversas infracciones criminales cometidas previo el concierto de dos o más personas (17.2.2º LECrim), o los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución (art. 17. 2.3º LECrim) o los perpetrados para procurar la impunidad de otros delitos (art. 17.2.4º LECrim) [Audiencia Provincial de Madrid (Secció 5ª) Auto núm. 1509/2000 de 31 octubre].

Por ello, el art. 17.1 de la LECrim prevé para estos supuestos la acumulación en un único procedimiento salvo cuando suponga una excesiva complejidad o dilación del procedimiento.

Por otro lado, la **conexidad de conveniencia**, se refiere a los supuestos en los que el vínculo entre hechos individualizados y distintos (al menos desde el punto de vista normativo, al ser susceptibles de calificación separada) deriva de la unidad de responsables o de una relación de temporalidad, en los que pueden concurrir razones de eficacia y de economía procesal que aconsejen el enjuiciamiento conjunto. No obstante, los diversos delitos que se imputen a una sola persona (art. 17.3 LECrim) o los cometidos simultáneamente por dos o más personas (art. 17.2.1º LECrim) no exigen, en todos los casos ese enjuiciamiento conjunto. Es más, en tal sentido, la propia ley procesal establece mecanismos para impedir eventuales perjuicios al reo, como la fijación del límite máximo de cumplimiento de penas que regula el artículo 988, cuando el enjuiciamiento se haga por separado.

En conclusión, la reforma operada en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no introduce grandes novedades normativas si bien amplía la discrecionalidad del órgano judicial a la hora de acordar o no la acumulación de los hechos, sobre todo en los supuestos de analogía entre ellos, y positiviza criterios interpretativos que ya venían aplicándose por la jurisprudencia a la hora de analizar la casuística concreta.

La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015[1]

Olga Fuentes Soriano
Catedrática de derecho procesal
Universidad Miguel Hernández. Elche

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La obtención de fuentes de prueba. 2.1 Principios rectores. 2.2 Autorización judicial. 2.2.1. Datos de tráfico. 2.2.2. Números IMSI, IMEI o cualesquiera otros datos identificativos de la comunicación. 2.2.3. Dirección IP. 2.3 Hallazgos casuales; 2.4 sobre la licitud de la prueba. 3. Los medios de prueba tecnológicos. 3.1. La admisibilidad de la prueba. 3.2. La aportación de la prueba. 4. La valoración de la prueba. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Uno de los grandes avances que las múltiples reformas procesales del año 2015 trajeron consigo, se refiere sin duda a la regulación de diligencias de investigación criminal amparadas en la utilización de nuevas tecnologías.

El desfase existente entre las nuevas formas de comisión delictiva y los arcaicos modos de investigación contemplados por nuestra centenaria legislación procesal resultaban ya tan evidentes como lamentables, generando, además, una irrecuperable ventaja para los delincuentes en perjuicio del interés público, la persecución delictiva y la paz social.

Resultaba irrisorio —en términos cuantitativos de medición del éxito— además de penoso —desde una perspectiva cualitativa—, que el Estado pretendiera enfrentarse a la delincuencia del siglo XXI de una sociedad cambiante y

1. Este Artículo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación «Derechos fundamentales vs. seguridad en un nuevo modelo de justicia penal» (DER2013-47584-R), del Ministerio de Economía y Competitividad.

dinámica, de carácter transnacional, que trabaja (ataca) desde casa aprovechando la movilidad que le brinda el mundo globalizado a través de internet, con las armas de una Ley procesal del siglo XVIII, pensada para una España rural y cerrada en si misma que desconocía cualquier avance tecnológico en la comunicación que traspasara los umbrales del telégrafo y el correo postal o del teléfono a partir de la década de los ochenta.

A los avances importantes que el transcurso del siglo XX iba trayendo consigo se une el hecho de que en las últimas décadas ha tenido lugar lo que bien pudiéramos denominar la «revolución de internet» modificando con una velocidad inimaginable no sólo nuestras formas de comunicación, sino nuestra propia forma de entender el mundo, las relaciones sociales y, como no, la propia forma de actuación delictiva.

La era, pues, de la comunicación a través de internet ha traído consigo nuevas formas de delincuencia, con nuevos caracteres, de efecto inmediato y de «amplio espectro» —por el efecto altavoz o multiplicador de la red—.[2] Estas nuevas formas de delincuencia asociadas a la utilización de la nuevas tecnologías experimentarán, previsiblemente, una notable difusión en un futuro próximo por las razones que de forma particularmente elocuente, MESTRE DELGADO ha caracterizado como «Las Tres Leyes del Cibercrimen»: «porque la comisión de infracciones penales a través de los ordenadores tiende a asegurar su resultado minimizando los riesgos que pueden derivar para el agresor de la relación personal con la víctima; porque la realización de estas infracciones optimiza en términos exponenciales la eficacia del esfuerzo criminal (tanto en términos de daño como de rentabilidad); y porque la ejecución de estos delitos busca su impunidad a través de la ocultación de sus autores por los anchos dominios de la aldea global (la world wide web)».[3]

Pero junto a ello, la comunicación a través de internet ha traído también nuevas formas de prueba o —técnicamente expresado— nuevas fuentes probatorias; hasta el momento, tan desconocidas como poco exploradas. Es a su estu-

---

2. Especialmente ilustrativa de este último extremo resulta la Sentencia de la AP Madrid (Sección 4ª; Rec. 39/2015) de 25 de febrero de 2015 en la que se reconoce que «internet, incrementa enormemente el efecto lesivo para el derecho al honor de la querellante, alcanzando una gravedad «que no es posible minimizar». Precisamente en esta sentencia se interpreta el sentido que debe darse a la referencia «delito grave» de la Ley 25/2007 para permitir la investigación tecnológica asumiendo que no puede tratarse de un límite estrictamente temporal referido exclusivamente a los delitos castigados con una pena genérica superior a cinco años, sino que también han de incluirse en tal expresión aquellos otros castigados con pena inferior que merezcan la consideración de graves en atención a otros parámetros, tales como la importancia del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos que el delito genera (ámbito en el que destaca su difusión por internet) o la inexistencia de medios alternativos, menos gravosos, que permitan su investigación y esclarecimiento.

3. MESTRE DELGADO, E., «Reformas legales contra el cibercrimen» (Artículo editorial), en La Ley Penal, Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario, nº 105, año 10, Noviembre-diciembre de 2013, Editorial La Ley Wolters-Kluwer, p. 3.

dio y análisis así como a las novedades introducidas al respecto por la reforma de 2015 a lo que se dedicarán las páginas que siguen.

2. La obtención de fuentes de prueba

Dada la amplitud de acepciones que entraña la palabra «prueba» es clásica ya la distinción doctrinal entre medios y fuentes de prueba.[4] Uno de los principales problemas que se suscitan en los procesos penales que cuentan con pruebas de carácter tecnológico —hoy la práctica totalidad de ellos— reside en la correcta obtención de las mismas a fin de evitar la posible vulneración de los derechos fundamentales colindantes o afectados por su práctica. Piénsese que en la intervención de las comunicaciones telemáticas, como sucede con la intervención de las comunicaciones tradicionales, no solo el derecho al secreto de las mismas puede verse vulnerado (art. 18.3 CE) sino también el derecho a la intimidad (art. 18.1) o el más novedoso derecho fundamental a la protección de datos que, por interpretación constitucional, cabe considerar incluido en el ámbito del art. 18.4 CE.[5]

Resulta evidente pues, que desde el momento en que la obtención de concretas fuentes de prueba supone realizar una intervención que afecta a la vigencia y desarrollo de determinados derechos fundamentales, la práctica de la misma ha de rodearse de todo un conjunto de derechos y garantías que permitan acceder a los datos probatorios (sea el contenido de la comunicación, datos de tráfico de la misma o cualesquiera otras informaciones procesalmente útiles) sin vulneración de los derechos fundamentales afectados.

---

4. Cabría entender por fuente de prueba aquella realidad —persona o cosa— que siendo ajena al proceso y teniendo por tanto carácter extrajurídico, se incorpora a éste con la finalidad de servir a la conformación de la convicción judicial. El medio de prueba, sin embargo, vendría constituido por el mecanismo o procedimiento jurídico establecido para incorporar las distintas fuentes de prueba al proceso en función de sus peculiaridades específicas. Sobre el tema, Carnelutti, F. (trad. Alcalá-Zamora y Castillo), La prueba civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, segunda edición, 1982, pp. 70 y ss.

5. Sobre la inclusión del derecho fundamental a la protección de datos en el art. 18.4 CE resulta particularmente esclarecedor de la interpretación constitucional efectuada, el FJ 5º de la STC 292/2000 en el que puede leerse que «Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». Un análisis de la construcción de este Derecho y de la evolución seguida por la doctrina del TC puede consultarse en Martínez Martínez, R., «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», Revista d'Internet, dret i política, universitat oberta de Catalunya, http://idp.uoc.edu, nº5, Noviembre de 20007 http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/martinez.pdf

Se ha tenido ocasión de referir con anterioridad la parca regulación existente hasta 2015 en relación con la intervención de las comunicaciones.[6] Contaba la LECrim con apenas un precepto —el art. 579— dedicado a esta materia habiendo sido los Tribunales en su función de aplicadores e intérpretes del Derecho quienes, día a día, fueron dotando de contenido las exigencias mínimas a respetar en una intervención de estas características. Esta forma de proceder, aunque necesaria dadas las circunstancias y loable por cuanto el poder judicial asumió una función que en puridad competía a legislativo, generó una notable inseguridad jurídica por el carácter fundamentalmente casuístico a que responde y se debe la actuación de los Tribunales. Resulta ahora —cuanto menos— paradójico, lo especialmente crítico que se ha mostrado el legislador con la situación generada hasta el momento cuando reconoce en la Exposición de Motivos de la LO 13/2015[7] que «por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y Tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde todas las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable. Sólo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal».

De conformidad, pues, con esta idea la LO 13/2015 introduce una importante reforma en lo que a la intervención de las comunicaciones se refiere, donde se regulan con detalle y amplitud los requisitos exigibles en la obtención de las fuentes de prueba a fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales durante su práctica; la vulneración de tales derechos llevaría a la necesidad de considerar ilícita la prueba así obtenida y con ello a la imposibilidad de que pudiera, dicha información, desplegar eficacia alguna en el proceso.

2.1. Principios rectores

La nueva regulación de la intervención de las comunicaciones y, concretamente, de la intervención de las comunicaciones telemáticas viene a poner fin a los

6. La insuficiencia de dicha regulación y en consecuencia, la vulneración por España del principio de legalidad, ya fue puesta de manifiesto por el TEDH en su Sentencia de 18 de febrero de 2003 (asunto Prado-Burgallo contra España).

7. 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.

enormes problemas de legalidad que la anomia hasta hoy existente generaba en nuestro ordenamiento. Como bien denunciaba Ortiz Pradillo «la tecnología debe ser utilizada en la investigación criminal al igual que es empleada en cualesquiera ámbitos de nuestra sociedad moderna (…) pero no es posible justificar el empleo de cualesquiera métodos de investigación sin una mínima base legal que regule sus garantías requisitos y límites».[8]

A lo largo de décadas, la doctrina constitucional ha acuñado los requisitos que han de tenerse en cuenta para obtener lícitamente fuentes de prueba, sin vulneración, por tanto, de los Derechos fundamentales que pudieran quedar afectados. Así, reiteradamente ha sostenido, que «(…) existe un cuerpo de doctrina de este Tribunal en relación con las intervenciones telefónicas que, de forma paralela a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exige un estricto cumplimiento de un conjunto de imperativos constitucionales ineludibles que afectan al núcleo esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, cuales son la previsión legal, la autorización judicial previa y motivada, la estricta observancia del principio de proporcionalidad y la existencia de un control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida».[9]

En consonancia con la anterior doctrina, la reforma de 2015 establece en el Capítulo IV (del Titulo VII, del libro II LECrim) un conjunto de disposiciones comunes de aplicación a cualquier medida de investigación tecnológica, en cuyo primer precepto —art. 588 bis a— recoge los que van a ser los principios rectores de las mismas. Dichos principios no serán otros que los de judicialidad, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida; extremos todos ellos que deberán quedar debidamente justificados y argumentados en el auto por el que se decrete.

La judicialidad es uno de los requisitos que, por imperativo constitucional (art. 18.3) la doctrina siempre ha considerado exigible en la intervención de las comunicaciones; y si bien es cierto que, literalmente, no aparece recogido como tal en la nueva normativa, la referencia del art. 588 bis a, a que la autorización judicial habilitadora de la medida haya de dictarse con sujeción plena al resto de principios está reconociendo tácitamente su existencia.

Nótese que la judicialidad o —como también ha sido denominada— exclusividad jurisdiccional, requiere que la medida de investigación haya sido dictada por el órgano judicial competente y en el seno de un proceso penal

8. Ortiz Pradillo, J.C., Problemas procesales de la ciberdelincuencia, Colex, 2013, P. 164.

9. STC 50/2000 de 28 de febrero. De esta doctrina se hacen eco otras SSTC tales como la 81/1998, de 2 de abril; 82/2002 de 22 de abril; 184/2003, de 23 de octubre; o l239/2006, de 17 de julio.

concreto.[10] Es por ello que, pese a lo discutido y discutible de la decisión, la novedosa previsión contenida en el art. 579.3 que permite al Ministro del Interior o, en su defecto al Secretario de Estado de seguridad acordar en determinados casos de urgencia[11] la intervención de las comunicaciones, exige poner la medida en conocimiento inmediato del juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas. Dado, no obstante, que el Juez tiene un plazo de hasta 72 horas para revocar o confirmar la actuación, no deja de resultar alarmante —en mi opinión— que a la vista de los plazos excepcionales concedidos por la nueva regulación, se consientan unas escuchas telefónicas de hasta 72 horas ordenadas por el ejecutivo, sin autorización judicial (art. 588 ter c 3).

La especialidad, por su parte, exige que la medida de investigación se dicte para el esclarecimiento de un concreto hecho punible. Como con acierto establece el precepto (588 bis, a, 2) «no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva». Lógicamente la consagración legal de este principio tiene por objeto prohibir las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva.[12]

La justificación de la idoneidad de la medida es lo que va a permitir al Juez determinar la extensión o amplitud con la que se decreta, referida no sólo al delito investigado sino también a los sujetos afectados e incluso a su duración. Y ello por cuanto la idoneidad de la medida es el factor que determina su potencial adecuación al fin perseguido y para el que ésta ha sido decretada.[13]

La Ley, por último, trata conjuntamente los principios de excepcionalidad y necesidad entendiendo que concurrirán los mismos cuando pueda justificarse, por una parte, que no hay medidas menos gravosas que permitan llegar al mismo resultado investigador; y, por otra, que el esclarecimiento de los hechos y circunstancias del delito se vería gravemente dificultado de no adoptarse dicha medida.

---

10. Sobre el tema son innumerables las SSTC que podrían citarse. A título de mero ejemplo, pueden verse la 49/1999, de 5 de abril; 165/2005 de 20 de junio; o 5/2010, de 7 de abril

11. Además de concurrir razones de urgencia, limita el precepto los supuestos de intervención del ejecutivo a las investigaciones que se realicen «para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida (…)» (art. 579.3 LECrim)

12. Por todas, STC 181/1995, de 11 de diciembre.

13. Especialmente elocuente respecto del requisito de idoneidad resulta el FJ 2º de la STC 253/2005, de 11 de septiembre.

En puridad, la excepcionalidad hace referencia a que la adopción de la medida no puede ser rutinaria y exige, por tanto, justificar que para la investigación del delito concreto dicha medida se torna imprescindible.[14]

En todo caso, como sostiene Casanova Martí, «cuando se decida finalmente llevar a cabo esta diligencia de investigación [la intervención de las comunicaciones], debe en todo caso acreditarse una previa autorización policial que, para prosperar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica. Por ello, esta nota de subsidiariedad debe completarse con las de idoneidad y necesidad formando un todo inseparable, que actúa como barrera ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional».[15]

La proporcionalidad, por último, exige un juicio de ponderación por el órgano judicial en relación con los intereses en conflicto de forma tal que el sacrificio de los derechos e intereses que va a suponer la medida en ningún caso sea superior a los beneficios que resulten para el interés público y para terceros. Este requisito que la Ley ha regulado bajo la denominación de «proporcionalidad» es el que, doctrinalmente, se ha conocido como «proporcionalidad en sentido estricto» para diferenciarlo, de esta manera, de un juicio de ponderación más amplio que englobaría la práctica totalidad de los regulados.[16] Haciéndose eco de esta posición doctrinal, también el Tribunal Constitucional ha considerado que «(…) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es preciso constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es adecuada para conseguir el objetivo perseguido; si además es necesaria en el sentido de no existir otra medida igualmente idónea para la consecución del propósito pretendido que sea menos gravosa que la impugnada; y, por último, si se trata de una medida que resulta ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto».[17] Nótese, pues, que de conformidad con estas apreciaciones, el principio de proporcionalidad o el juicio de proporcionalidad requiere de la verificación de tres juicios o subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Especialmente loable, por último, resulta la concreción en el precepto de los indicadores para valorar el interés público: la gravedad del hecho, su trascen-

---

14. Sobre la necesidad de evitar solicitudes sistemáticas o autorizaciones rutinarias de la medida, referida concretamente al principio de excepcionalidad puede verse la STS 823/2013, de 5 de noviembre.

15. Casanova Martín, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, JM Bosch Editor, 2014, p. 229.

16. Sobre el tema, en profundidad, Vid. González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, 1990.

17. STC 11/2006, de 16 de enero.

dencia social o el ámbito tecnológico de producción (recogiéndose así la idea ya extendida por la Jurisprudencia sobre el efecto multiplicador de la red),[18] la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la medida.

2.2. La autorización judicial

La intervención de las comunicaciones telemáticas requiere de autorización judicial por expresa dicción constitucional, pues afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que resulta literalmente sometido a reserva jurisdiccional (art. 18.3 CE).

Por su parte, la reforma de la LECrim ha recogido expresamente (art. 588 bis a) la necesidad de autorización judicial para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas así como para la adopción de otra serie de diligencias investigadoras que, en puridad, constituyen también medidas de interceptación de comunicaciones tecnológicas. Se trata de diligencias tales como el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; los registros remotos sobre equipos informáticos; dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imagen, e incluso la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, en tanto en cuanto, en este último supuesto, aunque la comunicación intervenida sea de carácter oral, presencial y directo, el modo de interceptación va a ser telemático y los problemas probatorios e interpretativos que pudieran plantearse le van a ser idénticamente de aplicación.[19]

Son muchos los extremos que cabría analizar respecto de la autorización judicial pero, en tanto en cuanto sus requisitos están suficientemente estudiados por la doctrina y la Jurisprudencia y a la vista de que la nueva regulación constituye, básicamente, una «positivación» de aquellos requisitos o principio rectores que el Tribunal Constitucional venía exigiendo, trataré de centrar la atención en las cuestiones puntuales que, tras la reforma, representan alguna novedad.

---

18. Sentencia de la AP Madrid (Sección 4ª; Rec. 39/2015) de 25 de febrero de 2015, citada con anterioridad. De la gravedad del efecto multiplicador que provoca la red sobre la comisión delictivahe tenido ocasión de ocuparme en «El valor probatorio de los correos electrónicos», ASENCIO MELLADO (Coord.), *El proceso penal ante nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa.

19. Un acertado y conciso resumen de las reformas introducidas con estas novedosas diligencias de investigación puede verse en DE BUENO MATA, F., «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», Diario La Ley, Nº 8627, Sección Doctrina, Ref. D-382, 19 de Octubre de 2015.

2.2.1. Datos de tráfico

Partiremos de la base de que en torno a una comunicación concreta se genera una cantidad de información de enorme relevancia, e incluso potencialmente decisiva, respecto de un proceso penal en tramitación. El distinto carácter de la información que pueda extraerse de las comunicaciones sostenidas entre dos personas será determinante a la hora de discernir si la captación de la misma afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, o al derecho a la intimidad, o al derecho a la protección de datos.[20] La diferencia no es baladí porque como hasta ahora reiteradamente ha constatado la jurisprudencia, el tenor constitucional exige autorización judicial tan sólo para la práctica de aquellas diligencias que colisionaran, directamente, con el primero de los derechos citados.

Así pues, en el seno de un proceso de comunicación, además del contenido mismo de la comunicación se generan toda una serie de datos —conocidos como datos de tráfico— que pueden aportar al proceso información de mayor relevancia, incluso, que la que pueda aportar el contenido mismo del mensaje o de lo comunicado. De hecho, así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la LO 13/2915 al considerar que «en la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados, puede resultar de una importancia decisiva».

Estos datos de tráfico están constituidos por toda aquella información que se genera en torno a un proceso comunicativo concreto y que no constituye el contenido material de la comunicación. Aplicado ello a la comunicación telemática, cabría entender por datos de tráfico aquéllos que indican el origen y destino de la comunicación, permitiendo identificar al abonado registrado o al usuario así como los datos de destino; y aportan información, además, sobre la fecha, hora, localización de la comunicación y tipo y equipo empleado.[21]

El Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest de 23 de noviembre de 2001, define los datos de tráfico (art. 1.d) como «cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente». Y, sobre esta base, sostiene el actual art. 588 ter b, 2 que «a los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de co-

20. Sobre las exigencias de la intervención de las comunicaciones para la salvaguarda de estos derechos tuve ocasión de profundizar en «El valor probatorio…», *op. cit*.

21. LO 25/2007, de 18 de octubre de conservación de datos.

municaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga».

Hasta la reforma de 2015 la doctrina constitucional ha sido ciertamente voluble respecto de la consideración que merecían los mencionados datos de tráfico. Así, mientras en ocasiones ha sostenido que resultaban amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones quedando su interceptación sometida a la previa autorización judicial;[22] en otras ocasiones se ha decantado por interpretar que encontraban amparo en el derecho a la intimidad que, como se sabe, no queda concernido por dicha reserva jurisdiccional.[23]

Este problema parece quedar definitivamente solucionado con la reforma de la LECrim, cuyo art. 588 ter b, 2) consagra legalmente la primera de las interpretaciones jurisprudenciales al exigir autorización judicial para el acceso a los datos de tráfico vinculados a procesos de comunicación. Así, cuando regula el ámbito de la intervención de las comunicaciones acordadas por el Juez establece que la autorización de intervención puede dirigirse: a) al contenido de las comunicaciones; b) a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación; y c) a los datos que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una comunicación concreta. La aceptación de este criterio no es sino la consagración en la LECrim de la posición sentada ya por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

2.2.2. Números IMSI, IMEI o cualesquiera otros datos identificativos de la comunicación

Preocupado todavía el legislador por clarificar las distintas situaciones conflictivas que respecto de la autorización judicial pudieran darse, establece en esta nueva regulación, como complemento de la anterior disposición, determinados supuestos relacionados con la intervención de las comunicaciones en los que, sin embargo, no se requerirá autorización judicial. Así, según las previsiones del art. 588 ter l no será ésta preceptiva para: a) la captación por la policía de los números IMSI, IMEI o cualquier otro dato que identifique el equipo de comunicación o la tarjeta utilizada para acceder a la red de comunicaciones; b) la identificación de la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación; y c) la identificación del número de teléfono de una

22. STC 230/2007, de 5 de septiembre. En el mismo sentido, STS de 13 de mayo de 2010.

23. SSTC 142/2012, de 2 de julio o 115/2013, de 9 de mayo.

persona determinada (de un titular determinado) o los datos identificativos de cualquier otro medio de comunicación.

El espíritu de fondo que, sin duda, subyace bajo tal disposición pasa por considerar, por un lado, que estos datos no resultan amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones y, por otro, que resulta necesario hallar un punto de equilibrio entre la protección de los datos constitucionalmente garantizada y la agilidad y eficacia de la instrucción. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la reforma cuando establece que «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».[24]

Respecto de los números IMSI e IMEI cabe todavía realizar una importante precisión. Si bien es cierto que no quedan amparados por el derecho al Secreto de las comunicaciones y, por tanto, su captación por la policía no requiere de autorización judicial, sí se requeriría ésta, sin embargo, para obtener la cesión de dichos datos por parte de los prestadores de servicios. Y ello por cuanto pese a quedar al margen de la protección que podría proporcionarles el Derecho al secreto de las comunicaciones, quedan amparados por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos de las comunicaciones electrónicas (art. 3.1) imponiéndose así la necesaria autorización judicial para la cesión de dichos datos por las operadoras.[25] De esta forma, resultarían totalmente ajustadas a derecho las investigaciones policiales desarrolladas a partir de los números IMSI e IMEI que la policía hubiera conocido por cualquier mecanismo técnico legal —barrido o escaner— de que hubiera hecho uso; pero para la obtención de tales números por cesión de los prestadores de servicios necesitaría de la correspondiente autorización judicial.[26]

---

24. Apartado IV del preámbulo de 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.

25. Esta cuestión ha sido objeto de pronunciamiento por la FGE en su Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

26. En palabras de la STS nº 249/2008, de 20 de mayo «(…) resulta obligado plantearse si la numeración IMSI, ajena al contenido de la comunicación propiamente dicho, encierra una información adicional que, pese a su carácter accesorio, se halle tan íntimamente ligada al secreto de lo comunicado que también merezca convertirse en objeto de protección constitucional… la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más… una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. La información incorporada a la numeración IMSI es, sin duda alguna, un dato, en los términos de la legislación llamada a proteger la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática (art. 18.4 de la CE)… Aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia de autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI…hemos de cuestionarnos si el

2.2.3. Dirección IP

Junto a las novedades analizadas hasta el momento, también se ocupa la Reforma de 2015, en su afán modernizador y de adecuación de la Ley al estado de la realidad social, de regular la obtención de datos relacionados con direcciones IP en el seno de una investigación oficial.

La dirección IP (acrónimo de *Internet Protocol*) es un número único, irrepetible y privativo que identifica la conexión de un dispositivo electrónico dentro de una red que trabaje con protocolo IP.[27] Además de la identificación del dispositivo, la dirección IP permite obtener los datos de geolocalización de la comunicación, constituyendo ésta, posiblemente, una de las informaciones de mayor relevancia en la investigación de delitos cometidos a través de la red. La novedad introducida por la LECrim en este aspecto concreto reside en regular expresamente la posibilidad de que la policía judicial solicite al Juez de instrucción que requiera a los prestadores de servicios la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o equipo informático del que conocen la dirección IP así como la identificación del sospechoso.[28] Para acceder a tal solicitud, la policía judicial deberá tener indicios suficientes que permitan justificar la sospecha de que desde una dirección IP se está utilizando un equipo determinado para la comisión de un hecho delictivo.

El hecho de que la nueva regulación se refiera tan sólo a la necesidad de autorización judicial para acceder a la cesión de datos identificativos de una IP por parte de los prestadores de servicios hace pensar, de nuevo, que también en

---

acceso a ese dato —no su cesión— puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin necesidad de autorización judicial previa… la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal —nunca con carácter puramente exploratorio—, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional… En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia». Por su parte, la Circular 1/2013, de la FGE sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, añade a esto que «la STS nº 776/2008, de 18 de noviembre señala que la Ley 25/2007 se refiere únicamente a la «cesión» de los datos conservados en los correspondientes ficheros automatizados y que, en todo caso, no alude expresamente a su recogida por la Policía Judicial al margen de los mismos, ni tampoco cabe desconocer que dicha averiguación, cuando se lleva a cabo en el marco de una investigación criminal relativa a un delito de especial gravedad… difícilmente puede considerarse que suponga una indebida y desproporcionada restricción de un derecho fundamental y que, por ello, suponga una vulneración constitucional con sus lógicas consecuencias.

27. Se trata de una etiqueta numérica compuesta por cuatro números enteros que van del 0 al 255 y se presentan separados por puntos. Ejemplo: 230.54.78.153

28. Sostiene el art. 588 ter K que «cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el art. 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso».

este caso —como en el de los número IMSI e IMEI— la policía puede acceder a una dirección IP mediante su labor de rastreo del espacio público e investigar la actuación presuntamente delictiva que a través de ella se esté desplegando.[29] La cesión, sin embargo, de los datos identificativos de la persona asignada a esa dirección IP así como de geolocalización de dicha comunicación que ha de requerirse de la operadora sí necesitará de la previa autorización judicial. Y ello es así, de nuevo, no porque tales datos queden amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones —el IP es, en puridad, un dato público— sino por imperativo expreso de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos de las comunicaciones electrónicas.

En todo caso y sea en el contexto que fuere, una vez acordada judicialmente la medida de interceptación de la comunicación, es evidente que ésta habrá de limitarse a actuar dentro de los márgenes judicialmente autorizados. En este sentido, el artículo 588 bis c, en su apartado 3 establece el contenido mínimo que debe hacerse constar en el auto con referencia expresa, en lo que ahora interesa, a los siguientes extremos: el hecho punible objeto de investigación; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido; la extensión de la medida de injerencia; y la finalidad perseguida con la medida. A estos datos se suman otros relativos a la unidad que se encargará de la práctica de la intervención, a la duración de la interceptación, a la forma y periodicidad con la que se rendirán cuentas al Juez de los resultados obtenidos o al deber de colaboración y de guardar secreto que afecta al sujeto que haya de llevar a cabo la medida. En todo caso, no obstante, los datos que van a marcar el ámbito objetivo y subjetivo de la autorización judicial van a ser los enumerados en primer lugar y que se relacionan, básicamente, con la determinación del hecho punible investigado y de los sujetos afectados. Ese es el ámbito para el que se ha autorizado la interceptación de las comunicaciones y el ámbito al que debe ceñirse la información que se obtenga para alcanzar validez probatoria. Cualquier información que exceda de los márgenes de investigación para los cuales se ha cursado la autorización judicial de la medida, vulnerará el derecho al Secreto de las comunicaciones y, por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, tendrá la consideración de prueba prohibida sin que pueda desplegar efectos en el proceso.[30]

---

29. Como con acierto resume la Circular 1/2013 de la FGE, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas «la jurisprudencia distingue por un lado los casos de rastreo policial del espacio público y por otro lado los supuestos en los que para acceder a una información sobre IP es necesario oficiar a una operadora. En este último supuesto, sí debe considerarse necesario obtener autorización judicial conforme a las previsiones de la Ley 25/2007 (SSTS nº 292/2008, de 28 de mayo, 236/2008,de 9 de mayo, nº 680/2010, de 14 de julio)».

30. En general, sobre el tema puede verse Martínez García, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003. Sobre el momento concreto en que debe ser expulsada del proceso la prueba ilícitamente obtenida y las distintas implicaciones que conlleva puede sumamente ilustrativos resultan los artículos intercambiados en la revista La Ley por los profesores Gimeno Sendra y Asencio Mellado, en 2013. Especialmente —aunque no solo—, Asencio Mellado, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción

2.3. Hallazgos casuales

De conformidad con lo que se acaba de establecer respecto del contenido de la autorización judicial resulta evidente que la delimitación del ámbito objetivo y subjetivo en el que debe practicarse la intervención de las comunicaciones debe quedar suficientemente manifestado, argumentado y motivado en el auto que habilite para su práctica.

Sin embargo, es posible —a la par que frecuente— que durante el transcurso de una concreta investigación policial e interceptadas las comunicaciones de conformidad con los requisitos establecidos en el auto correspondiente, se acceda casualmente al conocimiento de determinados hechos que excedan de dichos ámbitos delimitados por la autorización judicial; bien porque se tome conocimiento de la comisión de un hecho delictivo hasta el momento ignorado y, por tanto, no reconocido expresamente en el auto habilitante de la medida de interceptación; bien porque se descubran indicios que señalen como posibles autores del hecho delictivo perseguido (o del nuevo casualmente descubierto) a sujetos hasta el momento no investigados.

En ambos casos, por meras casualidades de la investigación, el ámbito objetivo y/o subjetivo para el que se había concedido la autorización de la intervención de las comunicaciones ha sido superado y, en consecuencia, la información obtenida habrá que considerar —a priori— que lo ha sido de forma ilícita (por no estar amparada por autorización judicial alguna), salvo que se valide conforme a determinados criterios procesales que la doctrina constitucional de las últimas décadas ha ido adecuadamente perfilando.

Sostiene el Tribunal Constitucional de forma hoy unánimemente compartida[31] que para que el hallazgo casual de una información pueda incorporarse válidamente al proceso habrá de ser inmediatamente puesto en conocimiento de la autoridad judicial a fin de que resuelva lo que estime procedente. En este contexto, la actuación del juez podrá variar en función de la relación que guarden los hechos casualmente descubiertos con los hechos inicialmente investigados y para los cuales se emitió la correspondiente autorización judicial:[32]

---

como expresión de garantía de los derechos fundamentales», Diario La Ley, Nº 8009 (Ref. D-30), Sección Doctrina, 25 de enero 2013; y GIMENO SENDRA, V., «La improcedencia de la exclusión dela prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del prof. ASENCIO)», Diario La Ley, núm. 8021, 12 de febrero de 2013.

31. SSTC 49/1996, de 26 de marzo o 41/1998, de 24 de febrero, a título ilustrativo.

32. Para el análisis de estas situaciones tomo como base la exposición sistemática realizada por CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones (...)*, op. cit., pp. 94 a 96, a la cual remito al lector interesado en obtener mayor información doctrinal y jurisprudencial sobre el tema.

1) Si los hechos descubiertos están en conexión (art 17 LECrim) con los hechos objeto de la instrucción, su incorporación al proceso habrá de pasar por la emisión de una nueva autorización judicial que valide la intervención de los mismos y amplíe a estos la interceptación de las comunicaciones si resultara necesaria (y se justificaran los presupuestos y principios analizados) para su investigación.

En este punto concreto debe tenerse presente la importante reforma introducida en 2015 respecto de los criterios legales de conexión.[33] Con la modificación del art. 17 LECrim se establece, por fin, que la simple analogía o la relación que *a priori* puedan presentar los asuntos no constituye automáticamente causa de conexión alguna. En estos supuestos, la acumulación solo procederá a instancia del Ministerio Fiscal y siempre que, previa valoración del Juez, con dicha acumulación no se genere un proceso de excesiva complejidad o previsible dilación. Exige el precepto asimismo que esta decisión no suponga, en modo alguno, alteración de la competencia. «Con ello —en palabras de la propia Exposición de Motivos de la Ley— se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se expresan ene l artículo 17.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable».

A la vista de todo ello, tras la reforma de 2015 este criterio jurisprudencial de validación de los hechos casualmente descubiertos mediante nuevo auto cuando medie conexión debería verse sustancialmente reducido en su utilización práctica por cuanto el propio hecho de la conexión queda reconducido —como norma general— a los 6 supuestos que actualmente contempla el número 2 del art. 17 LECrim.

2) Si por el contrario, los hechos casualmente descubiertos fueran totalmente diferentes de aquellos cuya instrucción se está tramitando, el conocimiento de los mismos debiera ser tomado como *notitia criminis* a partir de la cual iniciar un nuevo procedimiento ante el Juzgado que conforme a los criterios de competencia territorial resultara competente.[34] Nótese que el hecho de otorgar a esta información la cualificación de mera *notitia criminis* supone no reconocerle valor probatorio alguno en este segundo proceso. Así, si para la investigación de estos hechos considerara el Juez que procede acordar la intervención de comunicaciones deberá emitir la correspondiente autorización judicial con

33. Reforma introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

34. En este sentido ATC 400/2004, de 27 de octubre.

justificación y motivación de la concurrencia de los requisitos y principios rectores anteriormente analizados.

3) Si los hechos casualmente conocidos no se configuran como hechos típicos diferentes de aquellos para los cuales se autorizó la interceptación de comunicaciones, sino nuevos hechos que constituyen la misma actuación delictiva —el mismo tipo penal— que estaba siendo investigada, la jurisprudencia parece decantarse por no exigir una nueva autorización que justifique la intervención de las comunicaciones respecto de los mismos[35] considerando, de este modo, plenamente justificada su adición a la causa.

Esta construcción jurisprudencial ha sido en parte reconocida con la reforma de LECrim de 2015 en el texto del artículo 579 bis (de aplicación a la intervención de las comunicaciones telemáticas por remisión del art. 588 bis i). Sin embargo, el resultado final ha quedado, en cierta medida, tan incompleto como impreciso pudiendo adelantar en este momento que van a ser no pocas las dudas que se generarán y no pocos los supuestos no cubiertos por la Ley.

Más allá de la precisión procedimental sobre cómo debe actuar el órgano judicial ante el que se presenta el hallazgo casual (deduciendo testimonio de los particulares necesarios para justificar la legitimidad de la medida entre los que se incluirá, como mínimo, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial por la que se acuerda la medida y las peticiones y resoluciones acordando las prórrogas) se limita el precepto a establecer que la continuación de esta medida de interceptación de las comunicaciones, para la investigación del nuevo delito, requerirá una nueva autorización judicial emitida por el Juez competente.

Sin duda, esta mera afirmación supone ya un notable avance respecto de la anterior situación de anomia pero, sin minusvalorar la relevancia de esta regulación, se echa en falta una referencia más completa que indique qué valor tiene dicha información en el nuevo proceso (si mera *notitia criminis* o bien auténtica fuente probatoria) y qué requisitos formales se exigirían para su apreciación en uno u otro caso.

---

35. STS 48/2013, de 23 de enero; o, entre otras, la STC nº 792/1997, de 30 de mayo recogida por la Circular de la FGE 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, cuando sostiene que «no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma». En la doctrina, abiertamente contraria a esta posición se muestra Casanova Martí al admitir que «(…) en nuestra opinión y en base al respeto del necesario control judicial de una medida de intervención telefónica, ante cualquier hallazgo que pudiera poner en peligro la integridad del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas que se están investigando o terceros ajenos, es preferible ponerlo de inmediato en conocimiento del Juez, para evitar innecesarias vulneraciones del citado derecho fundamental y posteriores denuncias de nulidades procesales». Casanova Martí, R., Las intervenciones (…), op. cit., p. 96

De la regulación, pues, de los hallazgos casuales en el nuevo art. 579 bis cabría reconocer la convivencia de un extremo altamente positivo junto a algunos extremos negativos. Como positivo cabe catalogar, al menos, el importante avance acometido al regular cómo debe proceder formalmente la autoridad judicial. Negativo resulta, sin embargo, que sólo se contemple una de las múltiples posibilidades que pudieran concurrir en relación con la información casualmente obtenida: los supuestos en los que para la investigación del delito casualmente conocido haga falta continuar con la medida de intervención de las comunicaciones; situación para la cual el precepto exige la emisión de una nueva autorización por parte del Juez competente en el nuevo proceso. Queda pues sin acometer, por ejemplo, qué sucede cuando para la investigación del hecho casualmente descubierto no resulte necesario continuar con la medida de injerencia y qué valor cabría otorgar a dicha información: si —como parece razonable— el de mera *notitia criminis* o si, por el contrario, podría incluso alcanzar ésta pleno valor probatorio.

3. Los medios de prueba tecnológicos

Con la reforma operada en la LECrim por la LO 13/2015 encuentran, por fin, amparo en nuestra legislación todo un conjunto de medidas de investigación tecnológica cuya finalidad primordial es adaptar nuestro centenario texto procesal a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado. Así, con la finalidad clara de hacer frente a esta necesidad, el tratamiento procesal de todas estas nuevas diligencias de investigación tecnológica a las que se viene haciendo referencia en el presente trabajo, va a encontrar regulación en los capítulos V a VII del Título VIII del libro II de la LECrim, precedidos todos ellos de un Capítulo IV destinado a la regulación de unas disposiciones comunes, así como de una mejoría técnica notable del art. 579 (De la correspondencia escrita y telegráfica) y un nuevo art. 579 bis que regulará el destino procesal de los «hallazgos casuales» y que ya se ha tenido ocasión de analizar en páginas precedentes.

Frente al meritorio esfuerzo del legislador nos encontramos, sin embargo, con el demérito de no haber afrontado éste una regulación precisa de las formas concretas en que las diversas pruebas de carácter tecnológico pueden ser aportadas al proceso o, expresado en forma distinta, de los medios probatorios o cauces procesales a seguir para la válida introducción y tratamiento procesal de las diversas fuentes de prueba tecnológicas.

Así e independientemente de la fuente de prueba concreta ante la que nos encontremos (sea un correo electrónico, una conversación de Whatsapp,[36] un twitt

36. Sobre el tema, Arrabal Platero, P., «Whatsapp, una fuente de prueba», en Fuentes Soriano, O., (Coord.) *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, (en prensa).

o cualquier otra comunicación telemática) el despliegue, en su caso, de su eficacia y virtualidad dependerá del cumplimiento de determinados requisitos tanto para su admisión, cuanto para su concreta aportación al proceso. Admitida, aportada y debidamente practicada la prueba, su eficacia respecto de la decisión final del proceso será una cuestión de valoración judicial, cuyos criterios serán también analizados como cuestión final de este trabajo.

3.1. La admisibilidad de la prueba

A falta de precisiones legales concretas, para que una prueba de carácter tecnológico sea admitida al proceso habrá de compartir con el resto de fuentes de prueba, las exigencias generales previstas en la Ley. Su admisión dependerá así, de un juicio de pertinencia (relación con el objeto del proceso), utilidad (esclarecimiento de los hechos objeto del proceso) y licitud (producto de una actividad no prohibida por la Ley). Dentro de este último supuesto habría que considerar necesario analizar la posible vulneración de Derechos Fundamentales en su obtención, de forma tal que si la fuente probatoria —el correo electrónico, el whatasapp, la conversación de Tuenti, el twitter—, se hubiera obtenido con vulneración de Derechos Fundamentales, no debiera admitirse a efectos probatorios en el proceso por constituir prueba prohibida y no poder producir, por tanto, efectos probatorios directos, ni indirectos.[37]

En relación con la licitud en la obtención de la fuente de prueba de una comunicación entre particulares, cabrá considerar lícitamente obtenidas: A) aquellas pruebas tecnológicas aportadas al proceso por alguno de sus destinatarios —emisor o receptor—; B) aquellas que hayan sido aportadas al proceso con el consentimiento de, al menos, uno de los destinatarios; y C) aquellas que hayan sido obtenidas en el seno de una investigación oficial, previa autorización judicial (o del titular) y con respeto del resto de requisitos legalmente exigidos.

En todo caso, nótese que se está haciendo referencia a comunicaciones privadas mantenidas entre particulares. Para el hipotético supuesto de que una comunicación se hiciera pública voluntariamente por alguno de sus titulares, editándola, por ejemplo, en una web o red social de carácter público, la situación cambiaría radicalmente. Habría que considerar que, en tal caso, es la propia persona afectada la que convierte en pública dicha información legitimando así la intervención de su contenido (sea por la policía o por terceros) y su aporta-

37. Las consecuencias de la aportación al proceso de correos electrónicos ilícitamente obtenidos las he tratado con mayor profundidad «El valor probatorio (…)», op. cit., *en prensa*.

ción al proceso sin que pueda considerarse en modo alguno vulnerado su derecho al Secreto de las comunicaciones o su derecho a la intimidad o privacidad.[38]

3.2. La aportación de la prueba

Las pruebas tecnológicas tienen en común con el resto de fuentes de prueba el tener que aportarse al proceso en el momento procesal oportuno y en la forma legalmente establecida. Sin embargo, es la ausencia de una determinación precisa del modo en el que éstas deben ser aportadas lo que obliga a tener los criterios generales en materia probatoria como parámetros interpretativos a partir de los cuales tratar de construir una doctrina básica de aplicación a la prueba tecnológica.

Así, por aplicación de la normativa general en materia de prueba podrían asentarse los siguientes como criterios básicos de aportación de las comunicaciones tecnológicas al proceso (reglas, pues, de carácter general que, como todas y según se verá, admitirán ciertas excepciones y matices en su aplicación concreta):[39]

1) La parte interesada podrá aportar al proceso como fuente de prueba de una comunicación determinada, la copia (fotocopia o impresión) de un correo electrónico o una conversación de internet o la mera captura de pantalla sin tener que dar, *a priori*, muestras del a autenticidad y originalidad del documento.

2) Si la contraparte no lo impugna, la fuente aportada podría alcanzar pleno valor probatorio. Que lo alcance o no, dependerá del resultado de aplicar el criterio de libre valoración de la prueba que impera en nuestro proceso penal y que el juez razonará y motivará debidamente en la Sentencia. Por no impugnación cabrá entender la ratificación de la comunicación por parte de los interlocutores o la actitud silente de la parte a quien perjudica la aportación de la prueba.[40]

3) Si la contraparte lo impugna (actuación *a priori* recomendable por la extrema facilidad con que estos documentos pueden ser falsificados, adultera-

---

38. Sobre el tema vid. González i Jimenez, A., *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, BOSCH, 2014, pp. 241 y 242.

39. Me limito a exponer aquí los aspectos fundamentales del tema que he tratado con mucha mayor profundidad en «Las comunicaciones telemáticas: intervención y valoración de la prueba» en Fuentes Soriano, O (Coord), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, *en prensa*

40. Estas situaciones son las que se dan en la STS 300/2015 de 19 de mayo en la que se admite la valoración de la prueba (un pantallazo de una conversación mantenida en Tuenti entre la denunciante y un amigo suyo a quien relata los abusos denunciados) sin haberse recabado en el procedimiento dictamen pericial sobre la comunicación.

dos e incluso ficticiamente creados) será la parte a quien la prueba interesa y quien, por tanto, la introdujo en el proceso, la que tenga que dar muestra de la veracidad del documento aportado si quiere garantizar el valor probatorio del mismo.[41]

4) Para garantizar en todos sus extremos y con absoluta fehaciencia, la autenticidad y originalidad del documento aportado (sea un correo electrónico, sea cualquier tipo de comunicación a través de plataformas o aplicaciones de mensajería instantánea) será necesario presentar un informe pericial de la comunicación documentada y que se aporta como prueba. Nótese que, cualquier otro examen o análisis que no sea un informe pericial exhaustivo practicado con pleno respeto de todos los derechos y garantías exigibles —en especial la cadena de custodia— será cuestionable por la contraparte y arrojará un resultado indiciario, en absoluto desdeñable pero en modo alguno definitivo sobre la originalidad y autenticidad de la comunicación.[42] De esta necesidad de aportar informe pericial para garantizar de forma fehaciente la genuidad de la comunicación aportada cabría excluir tan sólo las comunicaciones que hayan sido verificadas por empresas de certificación electrónica; éstas cuentan entre sus servicios con la emisión de certificados digitales que garantizan la originalidad e integridad de la comunicación electrónica y que una vez aportados al proceso convierten en indubitada la propia comunicación.[43]

---

41. Elocuente resulta en este sentido la literalidad de la STS 300/2015, de 19 de mayo cuando establece que «la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones *[mantenidas a través de sistemas de mensajería instantánea]*, 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».

42. Sobre la importancia del informe pericial, la relevancia de la elección del perito o las diferencias (y consecuencias procesales derivadas de ello) entre un mero informe y un auténtico dictamen pericial, puede verse Pujol Capilla, P., *La nueva prueba documental en la era digital. Su valoración en juicio*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2014, pp. 37 a 49. Con acierto sostiene (p. 38) que «es frecuente en la práctica la aportación de dictámenes periciales suscritos por personas jurídicas legalmente habilitadas para tal función; sin embargo, para que sea posible su admisión como tal, deberá estar suscrito por el perito que lo haya confeccionado, debiendo constar en él su preparación o estudios que le autorizan a confeccionar ese informe concreto. Por tanto, el informe que se presente pretendiendo ser un dictamen sin serlo será admitido y valorado como un documento privado más, sin que se considere que se ha aportado dictamen pericial alguno. Es decir, conllevará su inadmisión como informe pericial». En todo caso, es necesario advertir que aunque se considere ésta la única forma posible de alcanzar absoluta fiabilidad sobre la genuidad de la comunicación, los informes periciales no siempre pueden practicarse —o pudiendo, no siempre se practican— con respeto a la totalidad de garantías requeridas (piénsese, por ejemplo, en la dificultad de garantizar la cadena de custodia de los móviles enviados a analizar). En este sentido, es fácil que un dictamen pericial pueda ser contestado por o al menos cuestionado mediante una contrapericial, cuestión esta que en modo alguno deberían desconocer los abogados. Sobre el carácter limitado de los dictámenes periciales puede verse De Urbano Castrillo, E., «El documento electrónico, aspectos procesales», e Internet y derecho penal (VVAA), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001, pp. 589 y ss.

43. Las importantes consecuencias procesales de contar con este certificado de autenticación electrónica se han puesto claramente de manifiesto a partir del Auto del TS 2501/2013 (Auto Sala 1ª Tribunal Supremo 2501/2013; núm. rec 855/2010. Ponente: Magistrado D. Xavier O'Callaghan Muñoz). En el citado Auto, el TS asume —de forma inédita hasta el momento— la validez del correo electrónico aportado al proceso con certificado de verificación electrónica aceptando la comunicación electrónica efectuada por un procurador a su cliente en un asunto de reclamación de

5) Sucede, sin embargo, que en el seno de un proceso y a efectos probatorios, no siempre va a resultar necesario acreditar con absoluta fehaciencia la totalidad de los extremos del proceso comunicador (es decir, no solo el contenido de lo comunicado, sino también la identificación de los terminales que participaron en el mismo, las direcciones IP afectadas, la identidad de los titulares, la huella cronológica, etc.). Por contra, en la gran mayoría de supuestos, al proceso le basta con dotar de credibilidad al propio contenido de lo comunicado, pudiendo venir dicha adveración por cualesquiera otros medios probatorios practicados en la causa. La credibilidad, pues, de la comunicación electrónica aportada y su posible consideración a efectos probatorios dependerá, en suma, del concreto acervo probatorio de cada causa. Así, el principio de libre valoración del a prueba en el seno del proceso permitirá dotar de verosimilitud o credibilidad a la comunicación aportada como fuente de prueba a través de muchos otras vías o cauces procesales, que no pasan, necesariamente por la práctica de una compleja y costosa prueba pericial. Indudablemente, a través de estos otros medios probatorios (interrogatorio de parte, testifical, documental etc.) no se alcanzará el grado de certeza científica que sobre la autenticidad y originalidad de la comunicación electrónica podría aportar la pericial informática, pero sí contribuirá -cuanto menos- a nivel indiciario a forjar el convencimiento del Juez sobre la veracidad de los hechos alegados. La necesidad, pues, de la prueba pericial dependerá del caso concreto, del acervo probatorio de la causa y de los extremos de la comunicación que resulte necesario acreditar.

La aplicación de estos criterios generales requerirá de la toma en consideración de dos importantes matices que, en función del caso concreto, condicionarán y/o flexibilizarán una férrea interpretación de los mismos: la posible exigencia de un principio de prueba de la impugnación, por un lado y, por otro, a la aplicación de los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria puesto en relación, fundamentalmente, con las exigencias de la práctica del informe pericial.

La necesidad de presentar un principio de prueba para admitir la impugnación de la contraparte respecto de la fuente de prueba presentada viene, a mi juicio, condicionada por la diversidad de circunstancias y formatos de comunicación tecnológica posibles.[44] En consecuencia con ello, habrá que concluir que el im-

---

honorarios en el que resultaba imposible notificarle en su domicilio por los sucesivos cambios de que era objeto. Efectuada entonces telemáticamente la notificación y el requerimiento, el TS los acepta por ir estos acompañados del correspondiente certificado electrónico que lo acreditaba. Sobre el tema, Menéndez, L., «Nuevos tiempos, nuevas pruebas» en Escritura Pública, núm 83, Septiembre/octubre 2013. Disponible en http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-112069.pdf (Última visita: 17 de diciembre de 2015). Asimismo, Fuentes Soriano, O., «El valor (…)», op. cit., pp. 20 y 21.

44. Para un análisis más detenido sobre la cuestión, remito de nuevo a mi trabajo «Las comunicaciones telemáticas (…)», op. cit.

pugnante no sólo no va a poder probar la falsedad de la comunicación aportada de contrario —es por ello que será quien lo aporte, quien deba dar muestra de su veracidad— sino que, posiblemente, siquiera pueda aportar un principio de prueba que permita poner en duda la autenticidad del correo (del whatsapp, de la conversación de Tuenti, etc.) presentada. En el mejor de los casos, lo más que podrá hacer el impugnante es dar muestras de su buena voluntad —de buena fe procesal—, a valorar por el Juez en función del caso concreto. Como tales cabría considerar el poner a disposición de la autoridad judicial su ordenador personal a fin de someterlo al análisis pericial que se considere, o en su caso, facilitar el smartphone o dispositivo electrónico que formó parte del proceso comunicador impugnado. En todo caso y dado que normalmente, quien falsifique en todo o en parte un determinado proceso comunicador no lo va a hacer desde el ordenador o dispositivo electrónico de la contraparte, habrá que estar al caso concreto para valorar la suficiencia o insuficiencia (por infundada) de la impugnación.

La aplicación de los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria (art. 217.7 LEC) entrará en escena, precisamente, para matizar la necesaria exigencia de aportación del dispositivo electrónico que formó parte del proceso comunicador con el fin de proceder a la realización del pertinente dictamen pericial.[45] Efectivamente y resultando necesaria la aportación al proceso del dispositivo de comunicación para la práctica de la prueba pericial, cuando la aportación de éste resulte imposible o de muy difícil consecución para la parte a quien interesa frustrando así cualquier expectativa respecto de la práctica del informe pericial, los criterios de facilidad o disponibilidad probatoria unidos a la actitud de las partes tendente a facilitar la prueba así como a otros elementos o indicios corroboradores de la misma, resultarán determinantes del valor que, definitivamente, el Juez otorgue a la misma. Dicha valoración, tal y como se analizará a continuación, deberá quedar debidamente fundamentada y justificada en la sentencia que se dicte.

4. La valoración de la prueba

Admitida, correctamente aportada y practicada la prueba tecnológica de conformidad con los requisitos y exigencias legales, que sea utilizada o no, decisi-

---

45. No en vano, los principios de disponibilidad y facilidad probatoria son considerados «correctivos a las reglas de distribución de la carga de la prueba». La disponibilidad probatoria hace referencia «al supuesto en que es la contraparte la que posee el medio probatorio o, incluso, aun gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra». La facilidad probatoria es un criterio más amplio que el de la disponibilidad pues recoge aquellos supuestos en los que «si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición en que le es más fácil, menos gravoso o incluso más rápido llevar la prueba a autos». ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 105 y 106.

va o no, en la fundamentación de la sentencia es un extremo que dependerá de la valoración que, finalmente, el Juez realice de la misma.

La vigencia en nuestro Derecho del criterio de libre valoración de la prueba deja al Juez un amplio margen de libertad para fundamentar la sentencia conforme a su libre convicción pero siempre bajo las limitaciones impuestas por la razonabilidad de la fundamentación.

A la vista del carácter técnico de este tipo de fuentes probatorias cuando resulten determinantes del sentido del fallo y no vengan corroboradas por otros medios probatorios, entiendo que su valoración debería basarse, en primer lugar, en criterios de carácter técnico y solo en su defecto, o como complemento de los mismos, debería el Juez acudir a las máximas de experiencia como criterios hábiles para hallar su convicción.[46] Así, la aplicación práctica de esta posición puede resumirse en dos grandes reglas de valoración de la prueba tecnológica:

La primera, que impugnada una prueba de cargo fundamental que no aparece corroborada por ningún otro medio de prueba —o no de forma suficiente— (ya sea una fotocopia de un correo electrónico, una copia de una captura de pantalla de una comunicación por Whatsapp, o cualquiera otra muestra de comunicación tecnológica) y respecto de la que es posible presentar informe pericial, para el caso de que no se aportara éste no debiera ser la prueba tenida en cuenta a salvo, las excepciones o matices se analizarán a continuación. Si cuando se carece de otros medios probatorios que corroboren la información aportada no se exigiera la pericial pudiendo ésta practicarse, se estaría dejando al libre arbitrio judicial dar o no credibilidad sin mayor fundamento, a una prueba de carácter técnico cuya autenticidad y originalidad ha sido impugnada.

Como excepción, no obstante, a esta regla general cabría no exigir la práctica de la prueba pericial cuando ésta, aunque posible, resultara extraordinariamente difícil; o bien cuando resultara innecesaria. Y, en este sentido, cabrá reputarla innecesaria en dos situaciones: Una, cuando la información a la que se trata de otorgar valor probatorio haya sido corroborada de forma directa o indirecta, fundamental o periférica, a través de otros medios probatorios practicados en la causa; y otra, cuando la contraparte haya dado prueba suficiente de la inconsistencia o incluso de la irrelevancia para la resolución del caso de la comunicación telemática aportada. Indudablemente, esta contraprueba aportada por la parte impugnante tendrá carácter indiciario y previsiblemente, no

46. Esta posición la he sostenido con mayor detalle en «Las comunicaciones telemáticas (…), op cit., *en prensa*.

tecnológico, pero puede llegar a ser suficiente para decidir el caso y permitir fundamentar la sentencia sin necesidad de acudir a la prueba de la comunicación telemática: independientemente de que no haya habido dictamen pericial sobre su autenticidad e independientemente del sentido que, en su caso, hubiera éste podido tener. En ambas circunstancias, pues, aun siendo posible practicar dictamen pericial respecto de la comunicación impugnada, su exigencia deviene innecesaria.[47]

La segunda regla práctica de valoración de las pruebas tecnológicas resultará de aplicación en aquellos supuestos en los que impugnada la prueba, resultara imposible practicar el dictamen pericial. En tales supuestos, no queda sino entender que el Juez deberá valorar el conjunto de la prueba practicadas bajo el prisma y con los criterios propios de la prueba indiciaria. Así, la copia de la comunicación aportada constituirá un indicio más de la comisión del hecho delictivo de forma tal que, según los criterios de la prueba indiciaria: a) por sí sola no puede dar cuenta de la comisión del delito; b) pero unido a otros indicios que resulten probados y se encaminen al mismo resultado probatorio, y valorados todos ellos en su conjunto —ahora sí— según las reglas de la sana crítica y la aplicación de máximas de experiencia, el Juez podrá dar por probado el hecho sin necesidad de dictamen pericial.[48]

---

47. Ciertamente ilustrativa resulta la doctrina general sentada en la SAP Alicante (Sección 1ª) 612/2015, de 22 de octubre de 2015, que revoca la condena dictada en primera instancia por haberse fundamentado en unos Whatsapp respecto de los cuales no se efectuó la más mínima verificación. Se constata la posibilidad de admitir unas fotocopias de Whatsapp como elemento probatorio siempre que las mismas se aporten con respeto a ciertas garantías básicas en torno a su verosimilitud, autenticidad y originalidad. Se sostiene así que «en el caso de los mensajes de whatsapp, se requiere a la parte que los alega para que acuda al juzgado con el dispositivo móvil y se proceda, por parte del secretario judicial, a cotejar su contenido desde el propio dispositivo con las transcripciones aportadas en papel, levantando acta por la que se de fe de que dicha documental es fiel reflejo del contenido de la conversación guardada en el móvil, así como del modelo y número de teléfono del mismo. No obstante, la otra parte en el procedimiento puede rebatir la validez de dicha prueba, impugnando la misma en el escrito de defensa y como cuestión previa en el plenario, alegando que este sistema de mensajería o chat es susceptible de manipulación o ser objeto de una suplantación de identidad. Así, tendrán validez como medio de prueba: a) En todo caso en los supuestos de no impugnación por la parte opuesta, interlocutora en los mensajes; b) Necesariamente en aquellos casos de reconocimiento expreso de la conversación y de su contenidos ; c) Cuando así resulte en caso de exhibición o cotejo con el otro terminal implicado ; d) en los casos de contradicción cuando exista una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación de que se trate. Por ello será necesario aportar junto con los documentos de transcripción de los mensajes, otras pruebas adicionales, tales como un informe pericial emitido por un técnico informático, acta notarial que de fe del contenido de la conversación, modelo y número de móvil, o incluso, solicitar el cotejo de los mensajes con el terminal del otro implicado, aunque este supuesto es más complicado puesto que normalmente su propietario se habrá encargado ya de borrar la conversación que le pueda incriminar. Por todo lo expuesto, es posible afirmar que es válida la aportación de las conversaciones de whatsapp al procedimiento penal cuando las mismas dispongan de los requisitos y garantías anteriormente ya descritas, otra cosa distinta es su valor probatorio en la comisión del delito objeto de la causa».

48. Es doctrina reiterada constante del TC que la prueba indiciaria es apta para desvirtuar la presunción de inocencia siempre que concurran diversos indicios, que resulten probados y que el Juez razone el nexo causal que le permite dar por ocurrido el hecho presunto o conclusión. «En efecto, conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 94/1990 y 111/1990 entre otras) el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: Los indicios han de estar plenamente probados, —no puede tratarse de meras sospechas— y el órgano judicial debe explicitar el razona-

5. Bibliografía

Arrabal Platero, P., «Whatsapp, una fuente de prueba», en Fuentes Soriano, O., (Coord.) *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, (en prensa).

Asencio Mellado, J.M., *Derecho procesal Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Asencio Mellado, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», Diario La Ley, Nº 8009 (Ref. D-30), Sección Doctrina, 25 de enero 2013.

Carnelutti, F. (trad. Alcalá-Zamora y Castillo), La prueba civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, segunda edición, 1982.

Casanova Martín, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, JM Bosch Editor, 2014.

De Bueno Mata, F., «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», Diario La Ley, Nº 8627, Sección Doctrina, Ref. D-382, 19 de Octubre de 2015.

De Urbano Castrillo, E., «El documento electrónico, aspectos procesales», e Internet y derecho penal (VVAA), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001.

Fuentes Soriano, O, «El valor probatorio de los correos electrónicos», en ASENCIO MELLADO (Coord.), *El proceso penal ante nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, *en prensa*.

Fuentes Soriano, O, (Coord.), *El proceso penal actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, *en prensa*.

Gimeno Sendra, V., «La improcedencia de la exclusión dela prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del prof. Asencio)», Diario La Ley, núm. 8021, 12 de febrero de 2013.

González I Jimenez, A., *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, BOSCH, 2014.

González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, 1990.

Martínez García, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Martínez Martínez, R., «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», Revista d'Internet, dret i política, universitat oberta de Catalunya, http://idp.uoc.edu, nº5, Noviembre de 20007 http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/martinez.pdf.

Menéndez, L., «Nuevos tiempos, nuevas pruebas» en Escritura Pública, núm 83, Septiembre/octubre 2013. Disponible en http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-112069.pdf (Última visita: 17 de diciembre de 2015).

Mestre Delgado, E., «Reformas legales contra el cibercrimen» (Artículo editorial), en La Ley Penal, Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario, nº 105, año 10, Noviembre-diciembre de 2013, Editorial La Ley Wolters-Kluwer.

Ortiz Pradillo, J.C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, 2013

Pujol Capilla, P*., La nueva prueba documental en la era digital. Su valoración en juicio*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2014.

---

miento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito» (STC 206/1994, de 11 de julio). En el mismo sentido STC 45/1997, de 11 de marzo, cuando establece que «los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, que ha de explicitarse en la Sentencia condenatoria 8SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/ 1993 y 206/1994, entre otras). En el mismo sentido, entre otras, SSTC 180/2002, de 14 de octubre, 198/2992 de 28 de octubre; o STS 1570/2004, de 30 de diciembre.

La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal[1]

Joan Picó i Junoy
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. Precisiones previas. 2. La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal. 2.1. Primera tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria. 2.2. Segunda tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria. 3. Opinión personal: *in medio virtus.*

1. Precisiones previas

Uno de los temas a los que he dedicado más atención es el de la prueba ilícita,[2] y reconozco que estamos ante uno de los más complejos y difíciles de resolver pues entran en juego muchos intereses en conflicto. Por ello, las soluciones que indicaré deben mesurarse en sus justos términos y evitarse posturas radicales o maximalistas. Sinceramente creo que debemos «despolitizar» el debate jurídico, pues considero que un país no es más o menos democrático (o garantista) por el momento procesal en el que pueda denunciase y resolverse el carácter ilícito de una prueba.

Estamos ante una materia que ha originado un profundo debate doctrinal pues, ciertamente, está mal resuelto por el art. 11.1 LOPJ, ya que da pie a diversas

1. Este trabajo se inscribe dentro del Proyecto de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2013-43636-P, y de las actividades del Grupo de Investigación de la AGAUR en derecho probatorio 2014 SGR 438.

2. El interés por el tema nació a raíz de mi tesis doctoral, pues configuré la prueba ilícita como un límite al derecho a la prueba, motivo por el cual le dediqué un capítulo específico (cfr. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.Mª Bosch editor, Barcelona, 1996, pp, 283 a 367). Posteriormente me he dedicado a esta temática en mis estudios *Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*, en «La Ley», 1997, T.I, pp. 1871 a 1879; *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en «Justicia», 2005, 3-4, pp. 59 a 100; y *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, en «Justicia», 2009-2, pp. 99-156.

interpretaciones.[3] Un aspecto concreto de los problemas que plantea la prueba ilícita es el del momento procesal en el que pueda enjuiciarse en el proceso penal. Además, ha adquirido cierto protagonismo debido a recientes casos judiciales con trascendencia mediática, y a cierta polémica doctrinal.[4] En el fondo, se mantienen dos tesis diferentes sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita: la primera, según la cual, en el art. 11.1 LOPJ acoge un planteamiento anglosajón de la materia, al recogerse en ella una norma de exclusión probatoria similar a las «exclusionary rules», por lo que la ilicitud de una prueba debe enjuiciarse lo antes posibles —esto es, en la instrucción—; y la segunda, mantiene que en el art. 11.1 LOPJ, asumiendo un enfoque germánico del problema, plasma una norma de valoración probatoria, por lo que el tema de la ilicitud de la prueba debe residenciarse ante el juez enjuiciador, esto es, el competente para valorar todo elemento probatorio.

Con carácter previo a plantear esta problemática y dar mi opinión personal sobre la misma, creo que es necesario insistir en el verdadero alcance de la prueba ilícita pues, ciertamente, la redacción del art. 283.3 LEC —de aplicación supletoria al proceso penal en virtud del art. 4 LEC— puede desenfocar el debate y ampliar sus consecuencias. Como he analizado en otros lugares, por prueba ilícita tan sólo puede entenderse aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental.[5] En consecuencia, como puede comprobarse, el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales, por mandato expreso de los arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC. Sin embargo, este claro panorama legislativo ha venido a oscurecerse por la literalidad del nuevo art. 283.3 LEC según el cual: «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». Pese a la apariencia de haberse ampliado el alcance de la prueba ilícita —asumido por parte de la doctrina[6] y juris-

---

3. La consulta a cualquier base de datos bibliográfica nos dará luz sobre la docena de monografías y el centenar de estudios doctrinales sobre la prueba ilícita publicadas en España.

4. Me refiero a la suscitada entre los profesores José María Asencio Mellado y Vicente Gimeno Sendra en el diario «La Ley»: el primero, el 25 de enero de 2013, publicó su trabajo «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», que pocos días después —en concreto el 12 de febrero— mereció la respuesta del segundo en su estudio «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASENCIO)». Una semana después —esto es, el 19 de febrero— Asencio Mellado le contestó en su artículo «Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. GIMENO SENDRA) que, a su vez, al día siguiente, originó la rápida réplica de Gimeno Sendra en «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASENCIO).

5. Así, cfr. *El derecho a la prueba*…, ob. cit., pp. 365-367.

6. En esta línea, vid. MORENO CATENA para quien «por prueba ilícita debe entenderse toda aquella prueba obtenida o practicada con vulneración relevante de las normas legales, ya sean constitucionales o de legalidad ordinaria» (*Comentario al art. 287*, en «Proceso civil», edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2228); LÓPEZ SIMO, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, edit. La Ley, Madrid, 2001, pp. 93 y 94; y GARCIMARTIN MONTERO, R., *Comentario al art. 282*, en «Comen-

prudencia—,[7] ello no es así pues, propiamente, dicha norma sólo viene a recoger los criterios de admisión de pruebas,[8] por lo que el juez sólo puede admitir aquella prueba que sea pertinente y útil (apartados 1º y 2º del art. 283 LEC), y además que no esté «prohibida por la ley» (apartado 3º del art. 283 LEC). Pero ¿Qué prueba está prohibida por la ley?. Como hemos tenido ocasión de destacar, sólo lo está aquella obtenida vulnerando un derecho fundamental. En definitiva, dicha norma sólo recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria, esto es, la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto,[9] por lo que entiendo que el art. 283.3 LEC no establece un concepto amplio de prueba ilícita, equiparándola a la violación de cualquier ley, sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta del juez en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC. En mi opinión, el concepto limitado de prueba ilícita aquí expuesto es el que está más acorde a nuestro marco constitucional: el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, en nuestro caso, la imposibilidad de utilizarse dicha prueba.[10] En definitiva, a diferencia de las pruebas ilícitas —por atentar un derecho fundamental— las ilegales —esto es, la obtenidas con infracción de ley— deben admitirse en función, básicamente, de dos razonamientos: el primero se deriva de la *voluntas legislatoris* de la LOPJ, y el segundo de la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (art. 24.2 C.E.). Si junto al hecho de que nuestro legislador quiso que la única limitación expresa de ineficacia de una prueba fuese la obtenida infringiendo derechos fundamentales (art. 11.1 L.O.P.J.),[11] observamos

---

tarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, coord. F. Cordón Moreno, J. Muerza Esparza, T. Armenta Deu y I. Tapia Fernández, edit. Aranzadi, Elcano, 2001, p. 1013.

7. Vid. la STS —Sala 1ª— de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1760).

8. Como se deduce del propio enunciado que inicia esta norma: «Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», estamos ante los criterios de admisión de pruebas.

9. En este sentido se pronuncian también Martín Ostos, J., *Comentario al art. 283*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», coord.A. Mª. Lorca Navarrete, vol. II, edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1764; Asencio Mellado, J.M., *Comentario al art. 283*, en «Proceso Civil Práctico», T. IV, coord. V. Gimeno Sendra, edit. La Ley, Madrid, 2001, pp. 1-48; y Fernández Urzainqui, F.J.: *Comentario al art. 283*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. II, coord. M. A. Fernández-Ballesteros, J. Mª. Rifá Soler, y J. F. Valls Gombau, edit. Iurgium-Atelier, Barcelona, 2001, p. 1312.

10. Para una lectura crítica de esta opinión, vid. De La Oliva, A.: *Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*, en «Homenaje a don Eduardo Font Serra», T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 96 a 100.

11. De los trabajos parlamentarios de la L.O.P.J. se desprende que el legislador restringió *ex processo* el ámbito de la ineficacia probatoria a los medios de prueba logrados con infracción de derechos fundamentales, pues el Senado modi-

que el derecho a la prueba se encuentra constitucionalizado al máximo nivel, todo ello me conduce a la conclusión de que no existe interdicción del resto de las pruebas, esto es, las ilegales,[12] sin perjuicio de exigir la correspondiente responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que ha realizado la ilegalidad.

Una vez determinado el verdadero alcance de la prueba ilícita estamos en condiciones de exponer los principales argumentos que sostienen las dos tesis principales referentes al tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal.[13]

2. La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal

2.1. Primera tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria

La configuración del art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria se sostiene, básicamente, en siete argumentos:

Primero: la ineficacia de la prueba ilícita
En la medida en que la prueba ilícita comporta la vulneración de un derecho fundamental debe ser considerada nula, esto es, ineficaz. Y si es ineficaz debe «purgarse» cuanto antes del proceso para evitar que siga produciendo efectos, máxime si tenemos en cuenta que estamos ante un vicio insubsanable. Y, además, éstos efectos pueden incidir sobre otros derechos fundamentales, como el de la libertad, por cuanto un elemento incriminatorio ilícito no eliminado de la instrucción puede servir de base, por ejemplo, para que se ordene o se mantenga una prisión provisional.

Segundo: evitar el abuso del derecho o el fraude de ley
Con la presente tesis se evitar el abuso de derecho y el fraude de ley que se daría si sobre la base de una prueba ilícita se abre y mantiene —artificial e indebidamente— la instrucción de un proceso penal no se sabe por cuanto tiempo. Con ello estaríamos abusando del proceso y haciendo un fraude de ley.

---

ficó el texto inicialmente aprobado en el Congreso de los Diputados en el que dicha ineficacia se extendía a la prueba obtenida «de modo contrario a la ética o al Derecho» (sobre este particular, vid. ampliamente mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 311 a 315).

12. Además, con anterioridad a la redacción de la L.O.P.J., el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (f.j. 3º), declaró la inexistencia en nuestro ordenamiento de una regla que imponga la ineficacia procesal de las pruebas obtenidas antijurídicamente. La ausencia de esta regla permite *a priori* la admisibilidad de la prueba ilegal.

13. Para ello, me basaré fundamentalmente en los artículos de José María Asencio Mellado y Vicente Gimeno Sendra expuestos en la 3.

Tercero: la protección indirecta de derechos fundamentales
Si bien es cierto que la exclusión de la prueba ilícita no tiene en España un fundamento constitucional —como sucede, por ejemplo, en Brasil o Colombia), sí lo tiene de manera indirecta o medita por una doble vía: por un lado, como mecanismo de máximo respeto o protección del derecho fundamental vulnerado con la prueba ilícita, lo que conduciría a su inmediata exclusión; y por otro lado, para evitar que con su admisión se vulneren otros derechos fundamentales como el derecho a un proceso con todas las garantías o a la igualdad de armas procesales.

Cuarto: el art. 240 LOPJ
Si el juez instructor puede ordenar la nulidad procesal de una actuación según el art. 240 LOPJ por vulnerarse un derecho fundamental, es evidente que también puede hacerlo cunado la fuente de prueba así ha sido obtenida. Se introduce aquí un matiz importante para esta tesis, a saber, la diferencia entre fuente de investigación y medio de prueba, para insistir en que el juez instructor no admite o inadmite pruebas ilícitas sino solo elementos de investigación ilícitamente logrados, que es lo único que podría excluir.

Quinto: la doctrina del Tribunal Constitucional
En los estudios de Asencio Mellado[14] se recogen distintas resoluciones del Tribunal Constitucional de las que se deduce la validez de esta primera tesis. Así, entre otros argumentos, se considera que la tesis contraria supondría una solución antieconómica, esto es, una vulneración del principio de economía procesal: si la prueba ilícita fuese una mera cuestión valorativa y trasladable al juicio oral no tendría sentido que el TC, una vez declarada la ilicitud, ordenase retrotraer las actuaciones al momento anterior a la acusación para, en función de ello, valorar si hay prueba válida suficiente susceptible de mantener la acusación. Por ello, lo mejor, lo más razonable y lógico, sería excluir la prueba ilícita con anterioridad a la formulación de la acusación —y proposición de la prueba, que tiene lugar antes del juicio oral-

Sexto: el art. 287 LEC
Para el proceso civil expresamente se ha establecido, en el art. 287 LEC, que las partes deben alegar la existencia de una prueba ilícita «de inmediato», lo que trasladado al ámbito del proceso penal debe entenderse como instrucción de la causa.

Séptimo: evitar el efecto psicológico de la prueba ilícita
Uno de los graves problemas que plantea la tradicional solución de permitir que sea el mismo juez sentenciador quien valore el carácter ilícito de una prue-

14. Citados en la nota 3.

ba es el denominado «efecto psicológico de la prueba ilícita». La prueba ilícita no puede ser tomada en consideración por el juez para formar su enjuiciamiento de los hechos, pero la simple declaración judicial de que no se han tomado en consideración los datos aportados por dicha prueba puede ser insuficiente, pues lo cierto es que el órgano jurisdiccional los habrá conocido y, aún inconscientemente, pueden influir en la formación de su convicción, máxime si tenemos en cuenta que, en la mayoría de los casos, la ilicitud en la obtención de la prueba no empece la certeza de los hechos que acredita. Es más, es muy probable que incorpore la realidad de los mismos, realidad que cuesta mucho obtener por vías legales lo que provoca que se acudan a métodos ilícitos. Así, el efecto psicológico de la prueba ilícita lo he definido como el reflejo indirecto que la prueba ilícita puede causar en el enjuiciamiento judicial de los hechos consistente en valorar inconscientemente los datos que la misma incorpora.[15] Y ello puede suceder en la medida en que se al juez se le obliga desechar toda la información que aporta la prueba ilícita, pero lo cierto es que habrá visto lo que no tenía que haber visto o habrá oído lo que no tenía que haber oído, y ello, inconscientemente, puede causar efecto en el enjuiciamiento final de los hechos litigiosos. La mejor solución a este problema de «contaminación procesal» es evitando que dicha prueba llegue a acceder al tribunal sentenciador.

Esta tesis, al margen del reconocimiento doctrinal[16] y de cierta jurisprudencia, ha sido asumida por la Fiscalía General del Estado[17] y también lo fue por el Borrador de Código Procesal Penal del gobierno del Partido Popular de 2013, en cuyo art. 13.4, tras recoger lo mismo que el actual art. 11.1 LOPJ establecía: «En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba». Finalmente, este planteamiento ha cristalizado en el nuevo art. 118.4 L.E.Crim., surgido de 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, en el que al regular el carácter confidencial de todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado ordena: «Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancia en las actuaciones».

---

15. *El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*, en «Iuris», nº. 171, mayo, 2012, pp. 35 a 37.

16. Así, por ejemplo, vid. Casanova Martí, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2014, p. 345.

17. Cfr. sus Circulares 1/1999, de 19 de diciembre; y 1/2013, de 11 de enero.

2.2. Segunda tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria

La configuración del art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria igualmente puede fundamentarse, entre otros, en los siguientes seis argumentos:

Primero: la protección directa del derecho fundamental a la prueba
A diferencia de la primera tesis —que tiene un fundamento indirecto o mediato en los derechos fundamentales— ésta se basa directamente en la protección de un derecho fundamental, en concreto, el derecho a la prueba *ex* art. 24.2 CE. Este derecho, como lo definí en otro lugar, «es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional (sentenciador) acerca de lo discutido en el proceso»,[18] por lo que toda norma que limite la eficacia de este derecho debe ser interpretado de la forma más restrictiva posible. Por ello, el art. 11.1 LOPJ, al admitir dos lecturas (o tesis) la que menos limita la posible actividad probatoria ante el juez sentenciador es la segunda. En definitiva, el derecho a la prueba comporta la lógica expectativa o poder de llevar todas las fuentes probatorias logradas en la investigación de los hechos al juez sentenciador al objeto de convencerlo sobre la realidad de tales hechos, por lo que el juez instructor no puede entrometerse en esta competencia de dicho juez.

Segundo: vigencia de la lectura germánica del art. 11.1 LOPJ
El art. 11.1 LOPJ, con su «no surtirán efecto» ha venido a consagrar la doctrina germana de la exclusión de la valoración de la prueba inconstitucionalmente obtenida, y de ahí la necesidad de aplicar también la doctrina germana de la «teoría de la conexión de antijuricidad» entre la prueba ilícita y el resto de prueba derivada de ella.

Tercero: Evitar la invasión de competencias del juez instructor
Como es sabido, la LECrim expresamente no prevé o faculta al juez instructor a declarar la nulidad de una prueba ilícita. O dicho de otro modo, no es función del juez instructor valorar fuentes de prueba ni expulsar de su investigación las presuntamente ilícitas, sino simplemente, de acuerdo con su art. 299, investigar y recabar todos los elementos de investigación posibles para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes.

---

18. *El derecho a la prueba*…, ob. cit., pp. 19-19.

Cuarto: la doctrina del Tribunal Constitucional
En los estudios de GIMENO SENDRA[19] se recogen distintas resoluciones del Tribunal Constitucional que sostienen esta tesis,[20] e incluso, menciona sentencias del Alto Tribunal utilizadas por ASENCIO MELLADO pero que interpreta de manera diferente lo que le permite fundamentar la tesis contraria. Con ello se evidencia que estamos ante un problema todavía no resuelto de manera clara y rotunda ni por el Tribunal Supremo ni por el Tribunal Constitucional.

Quinto: el art. 287 LOPJ
Para el proceso civil el art. 287 LOPJ prevé expresamente el tratamiento procesal de la prueba ilícita, y si bien establece que las partes deben denunciar su existencia «de inmediato», ello sólo tiene lugar una vez la prueba haya sido «admitida»,[21] por lo que en el proceso penal, al admitirse la prueba ante el juez sentenciador, éste es quien debe enjuiciar su carácter ilícito. Además, para el proceso civil, la discusión de la ilicitud de la prueba se ha previsto al inicio del propio acto del juicio, esto es, en el momento procesal de práctica de la prueba, y no un trámite previo como podría ser la audiencia previa, esto es, cuando se discute la admisibilidad de la prueba, motivo por el cual, aplicando este razonamiento al proceso penal también debería ser el acto del juicio oral el adecuado para discutir la ilicitud de la prueba.

Sexto: la motivación de la sentencia como mecanismo para evitar el efecto psicológico de la prueba ilícita
Para esta segunda tesis, si bien considera que en teoría es posible pensar que la declaración judicial de una prueba ilícita por parte del propio juez sentenciador podría provocarle cierto prejuzgamiento, entiende que en la práctica el deber constitucional de motivar las sentencias es suficiente garantía para controlar que dicha prueba no surta efecto alguno.

Esta tesis, al margen del reconocimiento doctrinal[22] y de cierta jurisprudencia, fue asumida por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del gobierno socialista de 2011, en cuyo art. 544 —de forma similar al art. 287.1 LEC— previó expresamente un incidente previo al inicio del juicio oral donde discutir la ilicitud de la prueba.[23]

---

19. Citados en la nota 3.

20. Y que para evitar reiteraciones me remito a ellas.

21. Recordemos que según esta norma: «1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba *admitida* se han vulnerado derecho fundamentales…».

22. Así, por ejemplo, vid. BARONA VILAR (en AAVV), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal,* 21ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 315-316.

23. Así, el art. 543 establece: «1. Al tiempo de personarse ante el tribunal designado para el enjuiciamiento, las partes podrán impugnar la prueba que haya sido propuesta por las demás partes por resultar impertinente o inútil al objeto

3. Opinión personal: *in medio virtus*

Como dije al inicio de este trabajo, estamos ante un tema especialmente complejo en el que entran en juego diversos intereses en conflicto, lo que me dificulta una rígida toma de posición, máxime teniendo en cuenta mis estudios previos sobre materias conexas con la ilicitud de la prueba: por un lado, en mi tesis sobre el derecho fundamental a la prueba, sostuve —y todavía mantengo— que siempre debe hacerse una lectura de la ley que permita la máxima actividad probatoria ante el juez sentenciador, esto es, aquella que menos cercene a los litigantes su derecho a la prueba,[24] lo que me llevaría a sostener la segunda tesis. Pero, por otro lado, en mi monografía sobre el principio de la prueba fe procesal, sostuve —y también sigo manteniendo— que la actuación maliciosa —esto es, inaceptable— de las partes —que la diferencia de la admisible estrategia defensiva— se caracteriza por la vulneración de un derecho fundamental,[25] y esto es precisamente lo que sucede con la prueba ilícita, lo que me conduciría a mantener la primera tesis.

Probablemente, como dirían los clásicos, *in medio virtus*, lo que me conduce a buscar una solución de equilibrio entre ambas tesis que puedo sintetizar en la idea de «partiendo de la primera tesis se puede ir a la segunda». Me explico: en el caso de que la ilicitud sea clara y evidente, el juez instructor debería eliminar el elemento de investigación de la actuación sumarial y, por el contrario, en caso de duda sobre dicha ilicitud debería no valorar este hecho para evitar frustrar una posible actividad probatoria válida ante el juez sentenciador —el único competente para valorar las pruebas—. Y para ilustrar mi postura voy a poner un mismo ejemplo de posible ilicitud en la obtención de la fuente probatoria susceptible de dar lugar a las dos soluciones que acabo de apuntar: (a) la información obtenida de una intervención telefónica practicada sin intervención judicial debe provocar inmediatamente el rechazo rotundo del juez instructor, que debería materializarse en la inadmisión de dicha intervención telefónica por ilícita —y con ello, toda la información y demás fuentes probatorias derivadas de dicha intervención—; y (b) la información obtenida de una intervención telefónica practicada con autorización judicial cuya debida motivación es discutida por la parte acusada, no debería provocar que el mismo juez instructor autorizante de la intervención entrase a resolver su propia actuación, por lo que, en esta situación, lo lógico sería remitir esta problemática al juez del juicio oral.

---

del juicio o por haberse obtenido vulnerando algún derecho fundamental»; el art. 544 prevé la impugnación de la prueba ilícita que puede dar lugar a la celebración de una vista previa al juicio oral regulada en el art. 545.

24. *El derecho a la prueba*…, ob. cit., p. 158.

25. *El principio de la buena fe procesal*, 2ª edición, editorial J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2013, pp. 357-358.

La posibilidad de utilizar el resultado obtenido de una intervención telefónica en otro proceso penal[1]

Roser Casanova Martí
Investigadora Postdoctoral de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

Sumario: 1. Introducción. 2. La utilización de los resultados de las intervenciones telefónicas en un procesopenal distinto. 2.1. Situación anterior a la reforma: ausencia de regulación. 2.1.1. Necesidad de acreditar la legitimidad de la medida. 2.1.2. Posibilidad de impugnación de la medida en el segundo proceso. 2.2. Nueva regulación. 2.2.1. Ubicación en el texto procesal penal. 2.2.2. Como medio de investigación o como prueba. 2.2.3. Legitimidad de la injerencia. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. Introducción

El pasado 6 de octubre fue publicada en el BOE la Ley Orgánica 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,[2] mediante la cual se introduce, entre otras, una nueva regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas.

Las intervenciones telefónicas son una medida de investigación susceptible de ser practicada en un proceso penal, siempre con la pertinente resolución judi-

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «La prueba civil a examen: estudio de sus problemas y propuestas de mejora» (DER 2013-43636-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Consolidado «Derecho probatorio» (2014SGR438), reconocido por la Generalitat de Catalunya. El investigador principal de ambos proyectos es el prof. Dr. Joan Picó i Junoy.

2. BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219 [BOE-A-2015-10725].

cial.[3] Hasta la entrada en vigor de la nueva LO 13/2015, el próximo 6 de diciembre,[4] dicha diligencia se encontraba escasamente regulada en nuestro texto procesal penal, hecho que provocaba la vulneración, en muchas ocasiones, del derecho al secreto de las comunicaciones —protegido por el art. 18.3 CE—, pues se trata del derecho fundamental limitado con la practica de dicha medida.[5]

Con la reforma, el legislador nos ofrece, al fin, una regulación detallada y garantista de las intervenciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal. En concreto, la nueva regulación se basa en las exigencias requeridas, desde hace años, por la doctrina jurisprudencial del TS, TC y TEDH, paliando así la insuficiencia normativa al respecto que reiteradamente han denunciando nuestros altos tribunales.[6]

Así las cosas, en el presente trabajo nos centraremos en examinar la posibilidad, que nos brinda la nueva regulación, de utilizar los resultados de una intervención telefónica en un proceso penal distinto al que ha sido practicada. A pesar de que la LO 13/2015, de 5 de octubre, introduce por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, esta posibilidad, en la práctica ya se utilizan resultados de intervenciones telefónicas en otro proceso penal en virtud de lo establecido por la jurisprudencia del TS.

2. La utilización de los resultados de las intervenciones telefónicas en un proceso penal distinto

2.1. Situación anterior a la reforma: ausencia de regulación

A priori, el hecho de utilizar los resultados de una intervención autorizada en un proceso penal concreto en otro distinto puede resultar extraño, ya que aquélla

---

3. Sobre la diligencia de intervención telefónica véase, por todos: López Barja De Quiroga, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, Madrid, 1989; López-Fragoso Álvarez, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Colex, 1991; Montero Aroca, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Rodríguez Lainz, J. L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Edit. Bosch, Barcelona, 2002; Rives Seva, A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 2010; y Casanova Martí, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. J. Mª. Bosch, Barcelona, 2014.

4. De acuerdo con su disposición final cuarta, ésta entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE.

5. En relación con la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones véase, por todos: Martín Morales, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Edit. Civitas, Madrid, 1995; Elvira Perales, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Edit. Iustel, Madrid, 2007; y De Urbano Castrillo, E., *El derecho al secreto de las comunicaciones*, Edit. La Ley, Madrid, 2011.

6. Son múltiples las sentencias que encontramos haciendo referencia a la insuficiente y deficiente regulación sobre intervenciones telefónicas en el art. 579 LECrim. Véase, como ejemplo, entre las más recientes las SSTS 413/2015, de 30 de junio [JUR 2015\187488], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 1º; 276/2015, de 6 de mayo [RJ 2015\3076], ponente Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín, f.j. 3º; 128/2015, de 25 de febrero [RJ 2015\1075], ponente Excmo. Sr. Joaquín Giménez García, f.j. 3º y 6º; 250/2014, de 14 de marzo [RJ 2014\3836], ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez, f.j. 9º; y 712/2012 de 26 septiembre [JUR 2012\330046], ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez, f.j. 2º. Y del TC, destacamos su sentencia 145/2014, de 22 de septiembre, ponente Don Fernando Valdés Dal-Ré, f.j. 7º.

fue autorizada judicialmente según los requisitos y exigencias del momento en que se aprobaron. No obstante, en función de los resultados alcanzados y los hechos descubiertos puede resultar esencial dicho material para la instrucción de otro delito.

Como se ha indicado en las líneas precedentes, hasta la actual reforma de la LECrim, no encontrábamos regulación en nuestro ordenamiento jurídico sobre la posibilidad de utilizar los resultados de una intervención telefónica en un proceso penal distinto. En principio, y como regla general, los resultados de una intervención telefónica sólo podían ser utilizados en el procedimiento en el cual habían sido efectuadas las escuchas.[7] Pese al vacío legal existente durante todo este tiempo, en la práctica forense ello se producía, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien se vió forzado a pronunciarse para paliar la ausencia de regulación al respecto.

2.1.1. Necesidad de acreditar la legitimidad de la medida

Hasta la reforma, para que fueran válidos los resultados obtenidos de unas escuchas telefónicas en un procedimiento posterior, dicha intervención debió cumplir, en el primer proceso, los requisitos constitucionales y legales oportunos.[8] Esto era, la intervención debió ser completamente lícita. Solo así es posible, en nuestra opinión, la utilización de los resultados de la intervención realizada en un procedimiento posterior y que no se vulneraran los derechos fundamentales que están en juego con el desarrollo de esta medida.

Para que fuera posible el control de los requisitos mencionados debían aportarse, en la segunda causa, los antecedentes necesarios para acreditar la legitimidad de la intervención telefónica en el primer proceso. En este sentido, se pronuncia la jurisprudencia del TS. Así, veamos como ejemplo su sentencia 44/2013, de 24 de enero,[9] que indica que «la restricción de un derecho fundamental, como es el secreto de las comunicaciones, exige una justificación previa explícita y fundada para que no exista duda acerca de la licitud de la misma, justificación que ha de estar documentada en la causa, pues la ausencia de esta justificación hace imposible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados». Y, de

---

7. El hecho de usar como medio de investigación o prueba las intervenciones telefónicas en un proceso posterior sí es contemplado en otros sistemas jurídicos. Destacamos el art. 270 del *Codice di Procedura Penale* italiano, que admite la posibilidad de utilizar, en casos excepcionales, los resultados de las intervenciones telefónicas en un procedimiento distinto en las que éstas han sido practicadas.

8. Sobre los requisitos constitucionales y legales véase Picó i Junoy, J., y Casanova Martí, R. «La intervención de comunicaciones telefónicas y postales», en *Estudios sobre prueba penal*, Vol. III, Edit. La Ley, Madrid, 2013, pp. 129-169.

9. [RJ 2013\1470], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 6º.

igual modo, destacamos la reciente STS 118/2015, de 3 de marzo,[10] en la que se recuerda que «es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las intervenciones acordadas en el otro proceso, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados».

Por lo tanto, de la jurisprudencia del TS podemos concluir que se precisaba la aportación de todos los antecedentes relativos a la habilitación de las intervenciones telefónicas del anterior proceso, para lograr el pertinente control judicial de la medida.

2.1.2. Posibilidad de impugnación de la medida en el segundo proceso

Las partes, por regla general, debían aportar en el segundo proceso los antecedentes necesarios para que pueda controlarse la legitimidad de la medida por el nuevo juez competente. Pero, ¿qué sucedía si no se aportaban los antecedentes aludidos y alguna de las partes cuestionaba la legitimidad de las intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso? Ante la ausencia legislativa al respecto, el TS adoptó una solución uniforme a los problemas planteados en estos supuestos, con el fin de garantizar la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, la seguridad jurídica y el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley. Así pues, para esta unificación de criterios se aprobó el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 26 de mayo de 2009,[11] en el cual se debatió sobre la «habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio». En él se acordó que: «En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad». De manera que, como advierte el TS,[12] la simple alegación por cualquier parte de la falta de

---

10. [RJ 2015\2587], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º. Igualmente se pronuncian las SSTS 892/2013, de 27 de noviembre [JUR 2013\382203], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 2º; 558/2013, de 1 de julio [RJ 2013\6734], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 8º; 477/2013, de 3 de mayo [RJ 2013\7082], ponente Excmo. Sr. Antonio del Moral García, f.j. 3º; 817/2012, de 23 de octubre [RJ 2012\10558], ponente Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º; y 694/2011, de 24 de junio [RJ 2012\5296], ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez, f.j. 2º.

11. Acuerdo del Tribunal Supremo núm. 1/2005 de 26 mayo [JUR 2009\288293]. Este acuerdo fue adoptado en base a la doctrina sentada en la STS 503/2008, de 17 de julio [RJ 2008\5159], ponente Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Sobre la posibilidad que tienen los magistrados de las diversas secciones de una misma Sala de unificar criterios y coordinar prácticas procesales véanse los artículos 197 y 264 LOPJ.

12. SSTS 689/2014, de 21 de diciembre [RJ 2015\862], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 1º; y 499/2014, de 17 de junio [RJ 2014\5099] ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 3º.

documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación.

En su caso, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba el TS exige, en el mencionado acuerdo, que la parte que lo propuso justifique de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Es en este punto en el que la parte deberá aportar los antecedentes necesarios para probar la licitud de la intervención telefónica practicada en el otro proceso.

Sin embargo, «si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».[13] Así, la impugnación efectuada de las anteriores escuchas telefónicas debe alegarse en el momento procesal oportuno —durante la instrucción o en el escrito de defensa—, no siendo válidas las impugnaciones extemporáneas.[14] Además, como recuerda la Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado,[15] la nueva causa penal no puede ser un cauce procesal adecuado para que el juzgador examine la regularidad constitucional de las restricciones de los derechos fundamentales ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre su validez y eficacia jurídicas, pues ello podría dar lugar a resoluciones judiciales contradictorias.

La lectura de este acuerdo, como ha manifestado el TS en posterioridad, conlleva a determinar las siguientes conclusiones: «a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena incumbe a la parte acusadora; y c) que pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias».[16]

---

13. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 26 de mayo de 2009.

14. En este sentido se pronuncian las SSTS 296/2013, de 12 de abril [RJ 2013\3188], ponente Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez, f.j. 1º; y 1138/2010, de 16 de diciembre, ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º.

15. Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, apartado 18, pp. 80 y 81. En la misma línea, véanse las SSTS 1140/2010, de 29 de diciembre [RJ 2010\135], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 4º; y 326/2009, de 24 de marzo [RJ 2009\2935], ponente Excmo. Sr. Luis-Román Puerta Luis, f.j. 2º.

16. Véase, entre las más recientes, las SSTS 689/2014, de 21 de diciembre [RJ 2015\862], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 1º; 499/2014, de 17 de junio [RJ 2014\5099] ponente Excmo. Sr. Juan Ramón

Por todo, como señala la STS 689/2014, de 21 de octubre,[17] debe partirse de la premisa que, salvo prueba en contrario, hay que suponer que los jueces, policías, autoridades y, en general, funcionarios públicos, han adecuado su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución, ya que sería absurdo entender que como no constan las actuaciones iniciales de las intervenciones telefónicas en una causa distinta hay que pensar que no hubo autorización judicial de las escuchas o la misma no fue motivada y justificada. Por consiguiente, «ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio procesal *in dubio pro reo* llega hasta el punto de tener que presumir por mandato constitucional que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son ilegítimas e ilícitas».[18]

En efecto, la nulidad de los actos procesales solo puede fundamentarse en alguna de las causas del art. 238 LOPJ, con la consecuente pérdida de efectos por tratarse de un derecho fundamental, en virtud del art. 11 del mismo texto legal. Sin embargo, como establece la STS 246/2014, de 2 de abril,[19] declarar la nulidad de unas intervenciones telefónicas porque no se han aportado los antecedentes necesarios del anterior proceso, supone crear una nulidad presunta, y ello no es propio de nuestro sistema de garantías.

Pese a lo expuesto, no es menos cierto que si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en la medida de investigación realizada en otro proceso, ni la presunción de inocencia ni el *in dubio pro reo* autorizan a cuestionar la ilicitud de lo allí actuado, sí que es necesario aportar al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan la diligencia acordada en el primer proceso.[20] Todo ello es preciso, como apuntábamos en el inicio de este epígrafe, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el tan necesario control judicial.

Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 3º; 246/2014, de 2 de abril [RJ 2014\2861], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 4º; 892/2013, de 27 de noviembre, [JUR 2013\382203], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 2º; y 798/2013, de 5 de noviembre [JUR 2013\346448], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 10º.

17. [RJ 2015\862], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 1º. Véase en la misma línea las SSTS 499/2014, de 17 de junio [RJ 2014\5099] ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 3º; 246/2014, de 2 de abril [RJ 2014\2861], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 4º; 798/2013, de 5 de noviembre [JUR 2013\346448], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 10º; 5/2013, de 24 de enero [JUR 2013\31220], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 3º; 272/2011, de 12 de abril [RJ 2011\5726], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º; y 187/2009, de 3 de marzo [RJ 2009\1780], ponente Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano, f.j. 1º.

18. Véase las SSTS 689/2014, de 21 de diciembre [RJ 2015\862], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 1º; 499/2014, de 17 de junio [RJ 2014\5099] ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 3º;

19. [RJ 2014\2861], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 4º.

20. STS 118/2015, de 3 de marzo [RJ 2015\2587], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º.

2.2. Nueva regulación

2.2.1. Ubicación en el texto procesal penal

La reciente reforma de la LECrim, por la LO 13/2015, de 5 de octubre, introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de utilizar la información obtenida con la práctica de una intervención telefónica en un procedimiento distinto.[21] La regulación al respecto la encontramos en el nuevo art. 588 bis i), el cual se encuentra ubicado dentro del Capítulo IV del Título VIII del Libro II de la LECrim, relativo a las disposiciones comunes de las denominadas medidas de investigación tecnológica. El mencionado precepto remite al también nuevo art. 579 bis LECrim, que prevé la utilización de la información obtenida con la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica en otro proceso penal.[22]

A continuación, nos centraremos en analizar la utilización de la información obtenida de una intervención telefónica o telemática en un procedimiento distinto.

2.2.2. Como medio de investigación o como prueba

Los resultados de una intervención telefónica podrán ser utilizados «como medio de investigación o prueba en otro proceso penal», como indica el art. 579.1 bis LECrim.

Una de las complicaciones que nos hemos encontrado, previamente a la entrada en vigor de la nueva regulación, ha sido la de determinar si el material intervenido en un proceso distinto podía ser utilizado sólo como *notitia criminis* o también como prueba. Con la reforma, el legislador ha optado por introducir ambas posibilidades, de manera que es posible utilizar los resultados como medida de investigación y, también, como prueba en el otro proceso.

La primera opción no plantea especial complejidad porqué se trata de dar contenido a los denominados hallazgos causales que van más allá del procedimien-

---

21. Asimismo, la posibilidad de utilizar los resultados de una intervención telefónica en otro proceso fue abordada tanto en el Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011, en su art. 288, como en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, en su art. 307, lo cual denota la necesidad de regulación.

22. Dicha regulación es de aplicación, por un lado, a la diligencia de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, y por el otro, a las medidas de investigación reguladas en el Capítulo IV y siguientes de la LECrim, esto es, a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y a los registros remotos sobre equipos informáticos.

to en el cual se han descubierto,[23] esto es, en aquellos supuestos en que los hechos conocidos causalmente no tuvieran conexión con los que se estaban investigando en un primer momento.[24] En estos casos, los resultados de la intervención sirven para incoar un nuevo procedimiento, donde a partir de ellos se iniciará una investigación para averiguar si los descubrimientos causales son constitutivos de delito o no. Si, en el nuevo proceso, el juez competente decide acordar una medida de intervención telefónica para proseguir con la investigación del delito causalmente descubierto será necesaria, como es lógico, la pertinente resolución judicial de autorización de la medida. Tal requerimiento se introduce por el legislador en la nueva regulación. En concreto, el apartado 3 del art. 579 bis LECrim exige que en el caso de continuar la medida de investigación con el delito causalmente descubierto será necesaria una nueva autorización del juez competente. En esta resolución judicial, éste deberá evaluar las circunstancias en que se produjo el hallazgo causal y comprobar la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su primer momento.[25]

Sin embargo, mayor dificultad de admisión deriva de la posibilidad de utilizar los resultados de una intervención como prueba en un proceso penal distinto para el que fue autorizada. En este caso, el juez competente del nuevo procedimiento debe valorar si se cumplieron las garantías necesarias para, en aquel momento, adoptar una medida de investigación limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Para ello, será precisa la deducción de testimonios y antecedentes necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, como viene exigiendo el TS desde hace tiempo e introduce el nuevo art. 579.2 bis LECrim.

2.2.3. Legitimidad de la injerencia

Para que sean válidos los resultados de una intervención telefónica en otro proceso deberá acreditarse la legitimidad de la injerencia en el segundo procedimiento, en virtud del art. 579.2 bis LECrim. De la nueva regulación se desprende que para poder utilizarlos se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar su legitimidad. Asimismo, se requiere, como antecedentes indispensables, la aportación de la solicitud inicial

---

23. Sobre ello ya nos referimos en un trabajo precedente, cfr. CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas…*, ob. cit., pp. 93 a 95.

24. En relación con los delitos conexos téngase en cuenta que el art. 17 LECrim se modifica por el apartado dos del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

25. Debemos subrayar que esta última afirmación no constaba ni en el redactado del Anteproyecto de Ley Orgánica de 5 de diciembre de 2014 —art. 588 bis m— ni en el Proyecto de Ley Orgánica de 30 de marzo de 2015 —art. 579 bis—.

que adoptó la medida, la resolución judicial que la acordó y todas las peticiones y resoluciones de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

Entendemos que con ello, el legislador, pretende introducir las exigencias manifestadas, insistentemente, por la jurisprudencia del TS sobre esta materia, para poder cumplir con el requisito constitucional de control judicial de la diligencia de intervención.[26]

A partir de la entrada en vigor de la reforma será una obligación aportar dicha información en el nuevo procedimiento, si se pretenden utilizar los resultados de una intervención realizada en otro proceso penal. En relación con lo que acabamos de señalar, creemos que carecerá de sentido la aplicación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 26 de junio de 2009, pues los antecedentes de la adopción y prórrogas de la intervención telefónica será requisito legal para poder utilizar los resultados en otro proceso penal. En el supuesto de no aportarse, entendemos que éstos no serán válidos en el nuevo procedimiento y, en consecuencia, no podrán ser valorados como prueba.

Por nuestra parte, hasta lo aquí analizado, nos mostramos conforme con la nueva regulación. No obstante, hemos detectado un carencia legislativa puesto que no se ha introducido cuando podrán utilizarse dichos resultados en otro proceso. Del redactado actual se desprende que siempre que se acredite la legitimidad de la injerencia en el procedimiento en que se practicó la intervención será posible dicha utilización. Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 5 de diciembre de 2014[27] —art. 588 bis m) LECrim— la posibilidad de utilizar el resultado de una intervención de comunicaciones se limitaba a aquellos supuestos en que se investigaba algún delito respecto del cual podría haberse acordado una intervención telefónica. De ser así, se respetaría, igualmente en el segundo procedimiento, el principio de proporcionalidad, autorizando su utilización tan solo para la investigación de un delito cuya gravedad habría permitido la adopción de la medida de intervención,[28] esto es, alguno de los delitos contemplados en los arts. 579.1 y 588 ter a LECrim.[29]

---

26. Véase de nuevo la STS 118/2015, de 3 de marzo [RJ 2015\2587], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º.

27. De modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de intervención tecnológicas.

28. En este sentido se pronuncia el apartado IV de la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de 5 de diciembre de 2014. En la misma línea se pronunciaban el ALECrim de 2011 y el BCPP de 2013.

29. A saber: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo; o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Es por esta razón, que entendemos que debería haberse incluido, en la normativa finalmente aprobada, una referencia general que indicase en cuales casos es posible la utilización de los resultados de la medida de intervención en otro proceso penal.

3. Conclusiones

El legislador ha optado por introducir, por primera vez, la posibilidad de utilizar los resultados de una intervención telefónica en un proceso penal distinto en el texto procesal penal. Con la reforma se regulan, acertadamente, las exigencias que durante los últimos años ha reclamado el TS en la materia, hecho que nos brinda una mayor seguridad jurídica al respecto.

Sin embargo, en nuestra opinión, el legislador ha dejado de regular una cuestión trascendental para evitar vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones en el segundo proceso, con la utilización de los resultados de la intervención realizada en un proceso anterior. Ello se hubiera evitado de haberse incluido en la reforma que dichos resultados solo podrían ser utilizados cuando el delito objeto de investigación sea susceptible de permitir practicar una medida de intervención telefónica. Pues, solo con las cautelas que acabamos de indicar se verificaría el cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad, tan necesario para poder limitar un derecho fundamental, como el reconocido en el art. 18.3 CE.

4. Bibliografía

Casanova Martí, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2014.

De Urbano Castrillo, E., *El derecho al secreto de las comunicaciones*, Edit. La Ley, Madrid, 2011.

Elvira Perales, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Edit. Iustel, Madrid, 2007.

Martín Morales, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Edit. Civitas, Madrid, 1995.

Montero Aroca, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

López Barja De Quiroga, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, Madrid, 1989.

López-Fragoso Álvarez, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Colex, 1991.

Picó i Junoy, J., y Casanova Martí, R. «La intervención de comunicaciones telefónicas y postales», en *Estudios sobre prueba penal*, Vol. III, Edit. La Ley, Madrid, 2013, pp. 129-169.

Rives Seva, A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 2010.

Rodríguez Lainz, J. L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Edit. Bosch, Barcelona, 2002.

El proceso por aceptación de decreto

Alberto M. Santos Martínez
Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. Cuestiones introductorias. 1.1. Concepto y naturaleza. 1.2. Características y objetivos pretendidos por el legislador. 2. Requisitos y objeto del proceso por aceptación de decreto. 3. Contenido del decreto. 4. Procedimiento. 4.1. Remisión del decreto al Juez Instructor. 4.2. Autorización del decreto y citación a comparecencia. 4.3. Comparecencia. 4.4. Conversión del decreto en sentencia de condena. 4.5. Ineficacia del decreto. 5. La asistencia letrada. 6. Recursos y ejecución. Bibliografía.

1. Cuestiones introductorias

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de *modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, ha introducido en nuestro ordenamiento procesal penal el proceso por aceptación de decreto, también denominado monitorio penal. Adopta así el legislador un instituto existente en derecho comparado[1] y esta-

1. En concreto, en el ordenamiento italiano, el Codice di Procedura Penale regula en los arts. 459 a 464 el procedimento per decreto, que, a semejanza de nuestro monitorio penal permite que «il pubblico ministero, quando ritiene che si debba applicare soltanto una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari, entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato e previa trasmissione del fascicolo, richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna, indicando la misura della pena», si bien el modelo italiano permite reducir la pena hasta la mitad y se facilita la cancelación del antecedente penal derivado de dicho proceso. De hecho, para DELGADO CASTRO, J. «Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal», Política Criminal, Vol. 10, nº 19, Julio 2015, edición digital, «pudiera afirmarse que el procedimiento monitorio penal tiene su antecedente histórico más paradigmático en el Código de Procedimiento Penal italiano de 1913 que contempla un pronunciamiento llamado Procedimento per Decreto cuyo principio rector es el de arbitrio y no el de legalidad».
Por otro lado, en Francia existe la figura «de la procédure simplifiée», regulada en los distintos apartados del art. 495 del Code de Procédure Pénale, caracterizado por concretar su ámbito de aplicación pero en el que, como sucede con el proceso por aceptación de decreto «l'ordonnance pénale, à laquelle il n'a pas été formé opposition ou qui n'a pas été portée par le ministère public à l'audience du tribunal correctionnel, a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée», efecto de sentencia de condena firma que también se prevé en nuestra regulación para el caso de acep-

blece en el proceso penal la fórmula del monitorio, que en materia civil y mercantil ha demostrado ser instrumento exitoso.[2]

1.1. Concepto y naturaleza

Regulado en los arts. 803 bis a) a 803 bis j) de la LECrim., se define como un procedimiento monitorio penal que permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando, cumplidos ciertos requisitos, el encausado se aquieta a dicha propuesta (*Exposición de Motivos* de la Ley 41/2015, de 5 de octubre). Precisamente, la definición como procedimiento monitorio guarda relación con la posibilidad de poner fin al proceso penal de forma anticipada, sin necesidad de que por parte del Tribunal se enjuicie la conducta criminal e incluso prescindiendo de actividad de investigación judicial. Se presume, por consiguiente, que el legislador apuesta, con el proceso por aceptación de decreto, por un procedimiento breve, sencillo y concentrado[3] que permita dar una rápida respuesta ante delitos de escasa gravedad.

Pese a que la propuesta de imposición de la pena parte de la iniciativa del Ministerio Fiscal, se trata de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional. Más allá de su carácter especial,[4] la intervención judicial a través del control formal

---

tación. Por su parte, el Código de Processo Penal portugués establece el «processo sumarissimo» en los arts. 392 y siguientes, como rasgo característico posee unos límites penológicos más elevados que nuestro monitorio penal.
Fuera de nuestro entorno, existen figuras similares como los Pleas of Guilty en los EUA o el procedimiento penal monitorio chileno, para cuyo examen vid. DELGADO CASTRO, J. Art. cit.

2. Cfr. MÉNDEZ TOMAS, R. y SANTOS MARTÍNEZ, A., El proceso monitorio, 3ª edición Bosch, 2010, p. 10 «el juicio monitorio ha demostrado, sin duda, que es una fórmula de éxito. Ciertamente, desde que fuera instaurado con la entrada en vigor de la LEC, se ha convertido en un proceso recurrente que ha permitido dotar de mayor agilidad a la reclamación de deudas por parte de los acreedores. Por ello, no debe sorprender que, cualitativa y cuantitativamente, haya sido el proceso que mayor atención ha recibido por parte del legislador a través de la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, perfeccionando, si cabe, la propia estructura del juicio monitorio».

3. Para CORREA DELCASSO, J.P., *El proceso monitorio*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 13, ésas son las características generales del monitorio.

4. Cfr. GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», Revista Poder Judicial, nº 2 Extra, 1988, pp. 10-11. Especialidad que le viene dada tanto por su intencionalidad, destinada a dar una respuesta rápida a los delitos menos graves, como a su propio ámbito objetivo así como a la intervención del encausado, cuya participación dista de ser contradictoria pues se limita a aceptar o a rechazar la propuesta realizada por el Ministerio Fiscal. Para CASTILLEJO MANZANARES, R., «Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto», Diario La Ley, nº 8544, de 21.05.2015, edición digital, «se trata de un procedimiento de naturaleza especial, por razones jurídico-procesales, puesto que su finalidad es la economía procesal, tanto para la Administración de Justicia, como para el imputado». También para GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», Aranzadi Doctrinal, nº 6/2015, edición digital, p. 10, estamos en presencia de un proceso especial.
Por otra parte, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2008, p. 435, se muestra crítico con la existencia de numerosos procedimientos ordinarios —así como la existencia de los especiales y de las especialidades procedimentales— que constituyen «*un grave atentado a la seguridad jurídica (…) de aquí la conveniencia de*

de la propuesta realizada por el Ministerio Público, la comparecencia en presencia del encausado y su abogado, y la, en su caso, ulterior conversión de la propuesta en sentencia, dotan al monitorio penal de naturaleza jurisdiccional.[5]

Por otro lado, se trata de un proceso[6] y no una suerte de negociación entre el Ministerio Fiscal y el encausado, por cuanto este último no tiene intervención alguna en la formalización del decreto ni tampoco en un momento posterior, pues más allá de la posibilidad de rechazar la propuesta no puede entrar a valorar su contenido o solicitar la introducción de elementos distintos o alternativos. Un proceso esencialmente facultativo tanto en su iniciativa como aceptación por parte del encausado y aprobación judicial, careciendo su contenido de efecto vinculante para el caso de que el monitorio penal no fructificara y tuviera que acudirse al procedimiento correspondiente.

En definitiva, el proceso por aceptación de decreto es un procedimiento penal especial, facultativo y no contradictorio que permite, de forma sencilla y acelerada, poner fin al proceso en sede de diligencias de investigación o antes de finalizar la fase de instrucción cuando, tratándose de delitos de menor entidad, el encausado acepte la propuesta de pena formalmente efectuada por el Ministerio Fiscal.

1.2. Características y objetivos pretendidos por el legislador

Considera Gimeno Sendra[7] que, en general, las características del proceso penal monitorio son:

— Su carácter especial, al tratarse de un procedimiento específicamente diseñado para evitar que la causa penal pueda dilatarse en el tiempo, sin que ello implique que sea sumario, por cuanto tiene cabida tanto la pretensión penal como la civil.
— Se aplica sobre delitos menos graves o leves que no contemplen penas privativas de libertad.

---

promulgar un nuevo Código Procesal Penal de la democracia que simplifique y reduzca a dos el número de procesos ordinarios». Petición que no parece haber tenido respuesta por parte del legislador, quien en lugar de reducir los procesos ha añadido una nueva modalidad procedimental.

5. Aunque para Muerza Esparza, J.J., «El procedimiento monitorio penal», Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 897/2015, edición digital, se trata de un «nuevo instrumento jurisdiccional» considera que desnaturaliza el proceso penal «por lo que tal vez resulte más oportuno tratar estas conductas al margen del Código Penal y por ende, fuera de la Ley procesal penal».

6. No obstante, Sánchez Melgarejo, F.R., «El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal? (I)», www.abogacia.es, edición digital, lo denomina «preprocesal» incidiendo en la gestación del decreto en la Fiscalía, sin que se haya dado inició a la fase de instrucción del proceso penal seguido por el Juzgado.

7. «Los procedimientos penales…», art. cit., p. 12.

— Se trata de un procedimiento esencialmente escrito. Característica que ofrece discusión pues de la regulación establecida en los diferentes apartados del art. 803 bis LECrim. se concluye que es un procedimiento en el que se combina la forma escrita (decreto de proposición de pena y sentencia) con la oralidad (celebración de comparecencia en la que el Juez debe asegurarse que el encausado conoce el contenido del decreto y sus efectos, y se comprueba si existe aceptación del mismo).
— Permite al encausado obtener una reducción de la pena, eludiendo además la celebración del juicio. Con ello se pretende, además de una mayor rapidez, estimular la aceptación de la propuesta.

Y en cuanto a los objetivos pretendidos por el legislado con el proceso por aceptación de decreto son:

1) Instaurar un mecanismo de aceleración de la justicia penal.[8]
2) Descongestionar los órganos judiciales, asumiendo para ello el Ministerio Fiscal un importante protagonismo por cuanto puede culminar la fase de diligencias de investigación elevando las actuaciones al Instructor con el fin de que dicte sentencia.
3) Facilitar una rápida respuesta ante delitos de escasa gravedad.[9]
4) Generalizar su aplicación a los delitos de escasa gravedad, con independencia del procedimiento que les corresponda.

El examen global e integrador de las características y de los objetivos del legislador permite considerar que la finalidad del legislador con el monitorio penal es facilitar un mecanismo destinado a aminorar la existencia de causas penales abiertas, de manera que se les pueda poner fin de forma anticipada incluso sin haber dado inicio a la fase de instrucción, otorgando para ello un importante protagonismo al Ministerio Fiscal.[10] Como es natu-

---

8. Que se sumaría a los juicios rápidos y a los juicios inmediatos por delitos leves.

9. Una celeridad que puede ser beneficiosa tanto para el encausado como para la propia víctima. Y ello porque para el encausado supone poner fin a la incertidumbre que la dilatación de la causa le puede suponer, máxime cuando la aceptación de la propuesta del Ministerio Fiscal le puede conllevar una rebaja de la pena incluso inferior a los límites legales. Con respecto a la víctima, aunque su intervención en esta modalidad procedimental es casi anecdótica —por no decir, inexistente— la finalización anticipada de la causa criminal puede resultarle beneficiosa. Y ello desde una doble perspectiva; así, desde una vertiente psicológica, el hecho de conocer que la conducta criminal ha sido objeto de castigo puede resultarle reconfortante, de la misma manera que no tener que presentarse para testificar en la causa, puede enervar el desgaste emocional que para la víctima le puede suponer tener que recordar y declarar en relación a hechos traumáticos. Y desde una vertiente económica le puede resultar también beneficioso toda vez que en el proceso por aceptación de decreto tiene cabida la acción civil, asegurando así la restitución de la cosa o la indemnización por los perjuicios derivados del delito.

10. Y se trata además de una nueva forma de culminación de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal que se une a las ya previstas en el art. 5.3 EOMF —«*transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querella, a menos que resultara procedente su archivo*»— en este caso con

ral, una aplicación exitosa del monitorio penal que reduzca las instrucciones judiciales redundará en una reducción de los ulteriores juicios orales que se derivaran de aquellas instrucciones y un acortamiento de la fase intermedia de los procedimientos.

2. Requisitos y objeto del proceso por aceptación de decreto

El art. 803 bis a) de la LECrim., exige la concurrencia de tres requisitos para que pueda seguirse el monitorio penal.

A estos tres requisitos necesariamente debe añadirse un cuarto relacionado con el límite temporal en el que puede tener lugar este proceso. En efecto, el propio artículo citado establece que podrá seguirse en cualquier *momento después de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción*. En consecuencia, se trata de un procedimiento reservado a la fase de investigación del delito, en el que todavía no está determinada ni la realidad del mismo ni su autoría.

Y aunque se posibilite su uso a un momento anterior a la instrucción judicial —en una fase embrionaria del proceso en la que únicamente se han practicado diligencias de investigación por parte del Ministerio Fiscal— no sucede lo mismo una vez concluida la fase de instrucción. El veto al monitorio penal en la fase intermedia o en el juicio oral obedece probablemente al objetivo esencial pretendido por el legislador, que es la aceleración y rápida respuesta ante los delitos. Esta finalidad quedaría comprometida si se llevara el monitorio penal a otras fases del proceso penal, máxime cuando existen distintos mecanismos procesales —la conformidad del acusado— que permiten su finalización sin necesidad de enjuiciar la conducta criminal.

En concreto, los requisitos del proceso son los siguientes:

I. *Delitos*. Únicamente podrá acudirse al monitorio penal cuando el delito esté castigado: a) con pena de multa; b) con pena de trabajos en beneficio de la comunidad; o c) con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a

---

la elevación de las actuaciones al juzgado de instrucción que implique no ya la puesta en conocimiento del hecho sino, de facto, la solicitud de la sentencia y pena correspondiente.

motor o ciclomotores. Se trata, por consiguientes, de delitos menos graves o de escasa entidad.[11]

II. *Límite penológico*. El Ministerio Fiscal podrá hacer la propuesta cuando entienda que la pena aplicable sea la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

III. *Ausencia de acusación popular o particular*. Esta ausencia está relacionada con la no personación de perjudicados y ofendidos en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. En este sentido, conforme establece la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado «*no son trasladables a las diligencias de investigación del Fiscal las disposiciones de la LECrim relativas a la posibilidad de personación de la acusación particular o popular. El reconocimiento de tales instituciones tiene su marco natural en un proceso judicial, no estando previstas y siendo por tanto un cuerpo extraño para las diligencias de investigación del Fiscal*».[12] Ahora bien, no puede obviarse que el monitorio penal puede tener también lugar en fase de instrucción, pudiendo en sede judicial haberse personado acusación particular o popu-

---

11. «Puede ser aplicado a delitos como el hurto, apropiación indebida leve, amenazas leves (excepto violencia de género); o los delitos contra la seguridad vial por conducir rebasando la velocidad permitida y bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas, entre otros», González Montes, J.L., art. cit, p.11. Para Castillejo Manzanares, R., art. cit., «la voluntad del legislador es la de circunscribir, fundamentalmente, el proceso al conocimiento de los delitos contra la seguridad vial», si bien en opinión de Magro Servet, V., «EL nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECrim.», Diario La Ley, nº 8584, de 16.07.2015, edición digital, no podría ser de aplicación para aquellos delitos contra la seguridad vial que deben sustanciarse por las reglas de los juicios rápidos porque considera que esta esta vía es preferente y excluye la opción del monitorio penal.
Por su parte, Ortega Calderón, J. L., «El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida», Diario la Ley, nº 8684, de 19.01.2016, edición digital, establece un listado de los delitos que pueden tener cabida en el monitorio penal: «A) Los siguientes delitos menos graves: las lesiones imprudentes tipificadas en el art. 152.1.1.º CP, la participación en riña, art. 154 CP; las lesiones al feto por imprudencia grave, art. 158 CP; las amenazas no condicionales art. 171.1 CP, el acoso sexual tipificado en el art. 184 CP, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual tipificados en los arts. 185 y 186 CP; los delitos de omisión del deber de socorro, art. 195.1 y 2 CP; el delito contra la intimidad tipificado en el art. 197.7 CP; abandono de familia por impago de pensiones, art. 227 CP, delito contra las relaciones familiares tipificado en el art. 233.1 con las limitaciones derivadas del art. 233 CP; delitos de frustración de la ejecución previstos en los arts. 258 y 258 bis CP; delito de daños, art. 263.1 CP; delito contra los derechos de los consumidores, art. 282 CP;delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social y cultural, art. 289 CP; 304 bis uno CP; 311 bis CP; 317 en relación con el art. 316 CP; 318 bis 1 CP; 324 CP; delitos contra la seguridad vial tipificados en el art. 379 y 384 CP —alcoholemias, exceso de velocidad, conducción sin permiso, con pérdida de puntos o privación por sentencia—; 397 CP; 399 CP; 402 bis CP; 455 CP; 456.1.2.º y 3.º CP; 457 CP; 463.1 CP; quebrantamiento de medida cautelar o condena no privativa de libertad, 468.1 in fine CP; 504.1 párrafo primero CP; 522 CP; 524 CP; 525 CP; 526 CP; 543 CP; delitos de desobediencia tipificados en el art. 556.1 y 2 CP; delitos contra el orden público tipificados en los arts. 558 CP, 559 CP. B) Los delitos leves». Consecuentemente, se constata la posibilidad de extender una rápida respuesta punitiva a la mayoría de delitos de menor entidad con independencia del procedimiento que les corresponda, no quedando reservado —como sucede con los juicios rápidos— a unos tipos delictivos determinados.

12. La no personación de acusación particular o popular como requisito de procedencia del monitorio penal parece tener difícil encaje con la posibilidad de obtener la restitución de la cosa o indemnizar los perjuicios provocados toda vez que puede resultar útil a los efectos de poder precisar el contenido de una eventual pretensión civil disponer de elementos de valoración de ésta susceptibles de ser aportados por estas acusaciones.

lar. El hecho de que el proceso por aceptación por decreto contemple la pretensión civil debería permitir cuestionarse la necesaria ausencia de la acusación popular o particular como requisito de procedibilidad para optar por este mecanismo, máxime cuando la presencia de la víctima o el perjudicado por el delito puede resultar útil para la concreción del objeto civil y su intervención se permite en la instrucción judicial.

Con respecto al objeto, el monitorio penal tiene un objeto doble ya que puede aglutinar tanto la pretensión punitiva como la civil. Esta última prevista de forma expresa en orden a obtener la restitución de la cosa y la indemnización por los perjuicios (lesiones o daños) derivados del hecho delictivo.

No se hace mención a la reparación del daño pese a que se trata de uno de los contenidos de la pretensión civil que de forma específica se consignan en el art. 100 LECrim.[13] La omisión del legislador —reiterada en el art. 803 bis c) LECrim. relativo al contenido del decreto de propuesta del Ministerio Público— no parece obedecer a ningún motivo concreto, por lo que no debería existir objeción a que pudiera formar parte del objeto civil la reparación del daño, por ser ésta una opción expresamente contemplada en el citado art. 100 LECrim., así como en los arts. 110 y 112 CP.

Aunque el objeto penal queda limitado por la imposición de una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, no sucede lo mismo con la pretensión civil. En este sentido, la restitución o la indemnización solo queda limitada por el propio bien a restituir o por la valoración del perjuicio provocado. De ahí que se presuma que en la fase de diligencias del Ministerio Fiscal pueda realizarse pericial destinada a valorar los daños o lesiones que, en su caso, hubieran sido provocados por el delito.

Como se ha expuesto, uno de los requisitos para poder optar por el proceso por aceptación de decreto es la no personación de la acusación popular o particular en la causa. Pese a que, como ya se ha expuesto, la intervención de esta última pudiera ser de utilidad para la concreción del objeto civil e incluso para conocer si la víctima pretende hacer reserva o renuncia de la pretensión de resarcimiento, esta información puede ser obtenida a través de la comparecencia de aquélla en Fiscalía a fin de testificar con respecto a los hechos delictivos y a la pre-

13. «*De todo delito o falta* —ahora, delito leve— *nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*».

tensión penal, si bien dichas manifestaciones en ningún caso podrían tener la misma eficacia que el ofrecimiento de acciones previsto en el art. 109 LECrim.[14]

Ahora bien, no siendo preceptiva la realización de periciales destinadas a valorar los perjuicios provocados ni la intervención del perjudicado o la víctima en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, podría darse el caso de que las peticiones de restitución e indemnización consignadas en el decreto de proposición del Ministerio Fiscal no tuvieran plena correspondencia con los daños y perjuicios efectivamente irrogados. Ello podría dar lugar a situaciones perjudiciales tanto para el encausado como para el perjudicado —por un exceso o defecto en la valoración de la pretensión civil— difícilmente salvables una vez que la propuesta ha sido aceptada y se pone fin al proceso penal por sentencia firme.

A fin de evitar dichas disfunciones pueden proponerse, como mínimo, tres soluciones. La primera de ellas sería exigir al Ministerio Fiscal la realización en sede de diligencias de investigación de todas aquellas valoraciones que fueran necesarias para concretar la responsabilidad civil, pudiendo tomar como referencia las diligencias al efecto practicadas para el caso de que la propuesta se gestara una vez abierta la fase de instrucción judicial. Como segunda solución, el objeto civil podría limitarse en el decreto de propuesta a un tanto alzado susceptible de ulterior valoración en sede de ejecución de la sentencia. Y, por último, el Ministerio Fiscal podría optar por omitir pronunciamiento concreto en el decreto de propuesta y, con independencia de hacer constar que el delito ha provocado daños y perjuicios, reservar su concreción y valoración a la fase de ejecución contando con el concurso de los perjudicados por el delito.

3. Contenido del decreto

El decreto[15] de propuesta de imposición de pena emitido por el Ministerio Fiscal deberá contener los siguientes datos:

1º) *Identificación del investigado*.

2º) *Descripción del hecho punible*.

3º) *Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente*.

---

14. Así lo establece de forma expresa la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado.

15. Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado: «*la conclusión de las diligencias debe realizarse por decreto, requiriendo este acto, por su trascendencia jurídica, un reforzado cumplimiento de las exigencias derivadas de la motivación, tanto cuando se acuerde el archivo como cuando se decrete la presentación de denuncia o querella*».

Reservándose la prueba al acto de juicio oral, en este caso puede entenderse por prueba el conjunto de diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal así como de las diligencias de instrucción que, en su caso, se hubiesen practicado. La mención exigida por la ley va destinada a que exista un mínimo de acreditación de la realidad del hecho delictivo y la participación del investigado. Con ello se pretende justificar, aunque sea de forma indiciaria, que la proposición de pena se fundamenta en la existencia de elementos que, llegado el caso, podrían apoyar el ejercicio de la acusación, evitando así que se el proceso por decreto se convierta en un mero automatismo al que acude el Ministerio Fiscal con la simple existencia del conocimiento del hecho delictivo.

4º) *Breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida*.

5º) *Penas propuestas*.

La pena a proponer podrá ser de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

La pena podrá ser reducida hasta un tercio de la legalmente prevista. Ahora bien, debe precisarse que, a diferencia de la conformidad en los juicios rápidos,[16] la reducción de hasta un tercio en el monitorio penal es potestativa. Ante ello, se podrían dar supuestos en los que el porcentaje de reducción de pena fuera inferior al tercio e incluso en otros simplemente no ofrecerse reducción alguna. El carácter potestativo y flexible del porcentaje de reducción de la pena parecería actuar en perjuicio del propio instrumento, pues con toda probabilidad el éxito del monitorio penal estará ligado a la posibilidad de que por parte del investigado pueda obtenerse el mayor beneficio posible a cambio de aquietarse a la propuesta del Ministerio Fiscal. Téngase en cuenta que en el Anteproyecto de ley no se contemplaba reducción alguna, con lo que ante la falta de beneficios para el encausado éste optaría por reservarse la opción de conformar —si llegado el caso pudiera acogerse a la modalidad de enjuiciamiento rápido de delitos— o de continuar la instrucción e incluso intentar cualquier otra opción en el juicio oral que le permitiera atemperar la pena o

16. En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, regulado en los arts. 795 y ss. LECrim., la reducción de la pena en un tercio se aplica *ope legis* cuando el acusado se conformara con los hechos acusados y aceptara la pena propuesta. En este sentido, establece que «*el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio*» (art. 801.2 LECrim). La conformidad premiada es, por tanto, elemento definitorio de la propia modalidad procedimental, de manera que opera en todo caso sin que exista por parte del Ministerio Fiscal o del Juzgador la posibilidad de excluir dicho beneficio o de minorar el porcentaje legalmente establecido. En cualquier caso, se constata que la reducción de la pena no es ni novedoso ni exclusivo del proceso por aceptación de decreto.

resultar absuelto, por lo que este modelo que no contemplaba la posibilidad de reducir la pena estaba abocado al fracaso. Es por ello que, aunque la reducción se aplique potestativamente, debe valorarse de forma positiva su introducción en el redactado definitivo.

En sentido opuesto, opera también como estímulo para la aceptación de la propuesta que la reducción pueda suponer la imposición de pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.[17]

La reducción de la pena, a la par de actuar como estímulo para la aceptación de la propuesta de sanción, es un claro ejemplo de la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal. Su aplicación práctica permite flexibilizar la rigidez de la previsión de las penas en aras a la consecución de la finalidad de acelerar la justicia y descongestionar los órganos judiciales.

6º) *Peticiones de restitución e indemnización, cuando procedan*.

El contenido de los datos que deben ser consignados en el decreto de propuesta de imposición de pena recuerda en parte a los escritos de calificación provisional efectuados por el Ministerio Fiscal —a excepción de la proposición de pruebas a practicar en el acto de juicio oral— con la salvedad de que en con el decreto de propuesta se busca la aceptación del encausado y con el escrito de calificación el Fiscal ejercita y formaliza su acusación frente a aquél.

4. Procedimiento

4.1. Remisión del decreto al Juez Instructor

El procedimiento del proceso por aceptación de decreto regulado en la LECrim. prescinde del examen de las actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en sede de diligencias de investigación. Se entiende, por tanto, que la actuación desarrollada por el Ministerio Público en relación con la investigación del delito deberá realizarse conforme a las previsiones contenidas en los arts. 773.2 LECrim. y 5 del EOMF.[18] Únicamente se hace expresa mención a la propuesta de imposición de pena, que deberá ser articulada mediante decreto que se remitirá al Juzgado de Instrucción.

---

17. Una posibilidad que, aunque positiva, tampoco es exclusiva del proceso por aceptación de decreto. A modo de ejemplo, el art. 801.2 LECrim., en sede de juicios rápidos, que se «*impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal*».

18. Entiende el legislador, probablemente, que la realización de diligencias de investigación por parte del Ministerio Fiscal debe ajustarse a lo establecido en el EOMF, al no poseer éstas ninguna incidencia en la sustanciación del monitorio penal.

La remisión del decreto tiene como efecto, según establece la Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado, la paralización del cómputo de la instrucción, que volverá a reanudarse cuando no fuera autorizado el decreto por el Juez de Instrucción o bien cuando finalizara la comparecencia sin la aceptación del encausado. La cuestión no es baladí ya que el art. 324.1 LECrim. establece que las diligencias de instrucción se practicarán en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de incoación del sumario o de las diligencias previas. Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del proceso por aceptación de decreto no parece que en principio pudiera prorrogarse la instrucción declarando la misma como compleja. Por consiguiente, la no suspensión de los plazos de instrucción podría llegar a comprometer la práctica de diligencias de investigación. Debe tenerse en cuenta que, aunque se presume que la sustanciación del monitorio penal no debería prolongarse en exceso, no ha establecido el legislador un plazo máximo de duración —sin perjuicio de que solo tiene cabida hasta la finalización de la fase de instrucción— por lo que su tramitación podría dilatarse llegando a agotar el plazo legal para desarrollar la investigación judicial. En consecuencia, parece lógico que la presentación del decreto paralice la instrucción, reiniciándose el cómputo cuando no fructificara el proceso monitorio.

Cuestión distinta es si esa paralización del cómputo del plazo impide que por parte del Juzgado de Instrucción puedan practicarse diligencias de instrucción. Si ello fuera así, podría darse en la práctica la tentación de hacer un uso interesado del proceso por aceptación de decreto con el único ánimo de interrumpir el plazo de seis meses y con ello ganar tiempo para la práctica de más diligencias de instrucción. Asimismo, ello podría llegar a ser perturbador para el propio investigado quien, además de estudiar la propuesta del Ministerio Fiscal, puede verse afectado por la práctica de aquellas diligencias que precisaran de su participación. Por consiguiente, es recomendable que la interrupción no solo afecte al cómputo del plazo para practicar las diligencias de instrucción sino también a la propia práctica de éstas.

Por último, la remisión se hará al Juzgado que resultara competente por aplicación de las reglas previstas en los arts. 14 y siguientes LECrim. La elevación del decreto tiene como finalidad que por parte del Instructor se proceda, previo examen, a su autorización y notificación al acusado.

4.2. Autorización del decreto y citación a comparecencia

Recibido el decreto, el Juzgado de Instrucción deberá examinar el mismo para a continuación proceder a su autorización —o denegación— y posterior notificación a la persona investigada. Del contenido del art. 803 bis e) LECrim. se deduce que la finalidad de este examen es comprobar la concurrencia de los requisi-

tos establecidos en el art. 803 bis a) LECrim. Cuestión distinta es si se trata de un mero análisis formal, esto es, casi un acto de refrendo que impediría al Juzgado de Instrucción ir mucho más allá de lo que es la comprobación de la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos así como que el contenido del decreto se ajuste a lo previsto en la ley, sin que pueda realizar valoraciones relativas a la realidad del delito o la intervención del investigado. O bien, a la vista de la descripción del hecho punible y de la prueba existente —que se menciona en el propio decreto— este examen le faculta para valorar el hecho delictivo.

Esta última posibilidad se plantea sobre la base del necesario análisis de la concurrencia de los dos primeros requisitos para la procedencia del monitorio penal —el delito investigado y la pena eventualmente aplicable—, examen que podría llevar al Instructor a considerar que el hecho punible no tiene encaje en los presupuestos exigidos para que proceda este proceso. El genérico redactado del precepto legal —se autoriza si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 803 bis a) LECrim— no debería impedir al Juez de Instrucción la realización de un examen que pase por calificar *prima facie* los hechos investigados, de manera que si esta valoración no es coincidente con la realizada en la propuesta del Ministerio Fiscal, podría no autorizar el decreto al considerar que no concurren los requisitos legales.[19]

La decisión del Instructor, con independencia del sentido de la misma, debe instrumentalizarse a través de auto. Cuando no se autorizara el decreto, éste quedará sin efecto, siendo innecesario notificar esta decisión al investigado. Por otro lado, si autoriza el decreto, el auto se notificará junto con el decreto al encausado.

Asimismo se le citará a una comparecencia a la que deberá acudir asistido de letrado, que se celebrará en el Juzgado el día y la hora que al efecto se señale. En el propio auto se debe informar al encausado de la finalidad de la comparecencia, de la preceptiva asistencia de letrado para su celebración y de los efectos de su incomparecencia o, en caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta efectuada por el Ministerio Fiscal.

Nada se establece con respecto al plazo que debe transcurrir entre la aceptación del decreto y el señalamiento de la comparecencia. Aunque el silencio de la Ley en este aspecto pareciera dotar de un amplio margen de maniobra al Juzgado, parece que la pretendida agilidad y rápida respuesta quedaría abor-

---

19. No es de esta opinión CASTILLEJO MANZANARES, R., art. cit., para quien «como resulta obvio quedan totalmente restringidas las facultades decisorias del Juez quien, en todo caso, debe autorizar el decreto si se cumplen los requisitos anteriormente referidos. Se trata de una mera labor de comprobación, que cercena cualquier posibilidad de valoración de su conveniencia al Juez».

tada si se alarga en exceso la celebración de la comparecencia. Precisamente, en aras a garantizar esta agilidad, unido además a la sencillez de la comparecencia, aconseja no demorar en exceso su celebración y optar por plazos breves, teniendo en cuenta como es obvio la propia disponibilidad y agenda del órgano judicial.

4.3. Comparecencia

La comparecencia, que se celebrará ante la autoridad judicial y con la presencia del encausado asistido de su letrado, tiene como finalidad constatar si existe voluntad por parte del encausado de aceptar la propuesta efectuada por el Ministerio Fiscal. Con carácter previo pero en la misma comparecencia, el Instructor deberá asegurarse que el encausado comprende el significado y contenido de la proposición efectuada por el Ministerio Público, las penas propuestas así como los efectos de la aceptación, máxime cuando la aceptación pone fin al proceso e impide un posterior examen de la causa por los Tribunales. A dicha comparecencia, en principio, no asistirá el Ministerio Fiscal.

La comparecencia se realizará bajo los principios de oralidad, inmediación, publicidad y defensa, si bien no sería de aplicación en este caso el principio de contradicción toda vez que no asiste el Ministerio Fiscal ni puede realizarse por parte del encausado o su abogado actividad destinada a discutir las alegaciones o peticiones efectuadas por aquél. Esencial resulta garantizar el derecho de defensa, de manera que la comparecencia únicamente se celebrará si concurre el encausado asistido por letrado. En otro caso, la comparecencia quedará sin efecto salvo que el Juez la suspenda cuando constare que el encausado comparece sin abogado,[20] señalando fecha para una nueva celebración. Igualmente, quedará sin efecto si el encausado rechaza la propuesta, careciendo de eficacia la aceptación parcial de la misma en lo relativo a las penas o a la restitución o

20. Justifica el legislador la suspensión en las previsiones dispuestas en el art. 746 LECrim. Ahora bien, no puede pasarse por alto que en el auto de autorización de decreto que se notifica al acusado se efectúa expresa mención a la preceptiva asistencia de letrado para la celebración de la comparecencia así como los efectos de su incomparecencia. Es decir, con la notificación el encausado ya es sobrado conocedor de la preceptiva asistencia de abogado así como con la posibilidad de acudir con letrado del turno de oficio. Por tanto, no se logra entender la razón que permite el Juez suspender la comparecencia y volver a señalarla para otro momento.
Por otro lado, la remisión al art. 746 LECrim. se antoja excesivamente genérica al ser varios los supuestos de suspensión contemplados. El examen del citado precepto no permite apreciar la existencia de causa que ampare la suspensión por inasistencia de letrado —salvo que se tratara de enfermedad repentina del abogado (art. 746.4º LECrim.)— por lo que debe entenderse que se trata de una causa específicamente contemplada para la comparecencia del monitorio penal. En cualquier caso, hubiera sido deseable una mayor precisión por parte del legislador por cuanto pudiera darse el supuesto que, llegado el nuevo señalamiento, el encausado tampoco compareciera asistido por letrado, teniendo que suspender nuevamente. En este sentido, o bien se limita la suspensión a aquellos supuestos en los que la no asistencia de Letrado obedece a causas no imputables al encausado —recuérdese que en el auto de autorización del decreto se le advierte del carácter preceptivo de la asistencia letrada— o bien se acuerda designar abogado de oficio en la misma decisión por la que se suspende la comparecencia.

indemnización cuando, a modo de ejemplo, pretendiera aquietarse en relación a la pena propuesta pero no así en cuanto a la pretensión civil. No cabe, por consiguiente, un aquietamiento limitado de las propuestas realizadas.

El desarrollo de la comparecen se presume sencillo. El Juez verificará que el encausado comprende el contenido del decreto, las penas propuestas así como los efectos de la aceptación. Aunque el Juez pudiera presumir que la asistencia del letrado garantiza la comprensión del alcance del acto y de la conformidad que pudiera emitirse, sería útil interrogar de forma directa al encausado con respecto a dichos aspectos. No obstante, no se le puede exigir al Juez que realice una explicación del contenido del decreto o del alcance de una eventual aceptación pues se entiende que dicho asesoramiento lo debería haber recibido previamente por su letrado. Por consiguiente, si el encausado contesta de forma afirmativa que comprende aquellos aspectos, el Juez de forma inmediata le preguntará si acepta o rechaza la propuesta, no siendo admisibles ni las aceptaciones condicionadas ni la existencia de un turno de alegaciones o valoraciones del encausado o de su letrado. Por otro lado, para el caso de que no aceptara la propuesta, el encausado no tiene la obligación de exponer los motivos que le llevan a rechazarla.

La comparecencia será registrada íntegramente por medios audiovisuales. Para el caso de que no resultara posible el uso de sistemas aptos para la grabación de la imagen y el sonido,[21] podrá documentarse mediante acta extendida por el Letrado de la Administración de justicia.

4.4. Conversión del decreto en sentencia de condena

Si el encausado acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos el Juez de Instrucción transformará dicha propuesta en resolución judicial firme, disponiendo para ello del plazo de tres días. Podría el legislador en este caso haber optado, como sucede en los juicios rápidos, por permitir al Juez emitir la sentencia *in voce* en la misma comparecencia, sin perjuicio de formalizarla por escrito en el plazo indicado. Es probable que, ante la ausencia del Ministerio Fiscal en la comparecencia, el legislador haya preferido derivar la conversión del decreto a sentencia a un momento posterior.

La resolución que se dicte tendrá la forma y los efectos de una sentencia de condena. En ella se recogerá el contenido del decreto así como la aceptación del mismo por parte del encausado, con expresa concreción de la condena penal y, en su caso, de la responsabilidad civil derivada del delito.

---

21. El uso de sistemas de grabación y reproducción de las vistas y comparecencias judiciales es un instrumento generalizado previsto en el art. 453.1 LOPJ.

En cuanto a la imposición de costas, nada se prevé en las reglas de tramitación del monitorio penal. Las soluciones previstas en los ordenamientos de nuestro entorno optan por la no imposición de las costas (art. 460.5 del *Codice di Procedura Penale* y art. 397.1º del *Código de Processo Penal*).

En nuestro caso, la falta de previsión expresa y el otorgamiento a la resolución que convalida el decreto de los efectos de una sentencia de condena parece llevar aparejado como efecto la condena en costas. Al ser un pronunciamiento necesario —pues no se ha reformado el contenido del art. 239 LECrim. en relación con el proceso por aceptación de decreto— habrá que acudir a las previsiones de los arts. 123 CP y 240 LECrim. Del tenor de los citados preceptos se deriva que las costas se impondrán al condenado, aun cuando no se hubiera hecho petición expresa en el decreto del Ministerio Fiscal y la sentencia fuera consecuencia de la aceptación del encausado. De *lege ferenda* podría proponerse que se modificara parcialmente el art. 803 bis i) LECrim. en el sentido de hacer constar que en estos procesos no habrá imposición de costas. Con ello se incidiría en el carácter beneficioso del monitorio penal para el encausado quien, además de poder obtener una reducción de la pena, con su aceptación quedaría liberado de una más que segura asunción de las costas procesales para el caso de que fuera condenado por los trámites procesales ordinarios.

Más allá del contenido y efectos de la sentencia, el hecho de que ésta sea dictada por el mismo Juez que ha realizado —o puede desarrollar— la instrucción del delito plantea un problema doctrinal que cuestiona la constitucionalidad de la opción del legislador, por cuanto dictará sentencia el mismo Juez que ha instruido el delito.

La función instructora y la decisoria se encomiendan a dos órganos distintos. Ello es consecuencia de la aplicación práctica del principio acusatorio que implica un desdoblamiento de ambas funciones. La razón de ser de dicha separación de funciones se explica por la necesidad de evitar el prejuzgamiento, de manera que el encausado pueda ser enjuiciado por un órgano plenamente imparcial.[22] La instrucción se caracteriza por ser una actividad inquisitiva, dinámica y activa, donde el Juez entra en contacto con el que eventualmente puede llegar a ser el material probatorio; de forma casi inevitable, este contacto contamina su visión con respecto al hecho y la culpabilidad de la persona investigada. Como consecuencia de ello el Juez puede formarse una convicción

22. Goldschmidt, W., «La imparcialidad como principio básico del proceso», *Revista de Derecho Procesal*, 1950, nº 2, p. 207, definía la imparcialidad como aquella situación dirigida a poner entre paréntesis todas las consideraciones del Juez ante un litigio concreto. La imparcialidad aparece como una garantía dentro del proceso tendente a erradicar cualquier prejuicio o consideración subjetiva que pueda contaminar la libertad del tribunal en la toma de decisiones. Es decir, una garantía que busca eliminar cualquier elemento susceptible de distorsionar una resolución objetiva del juzgador.

con respecto a los hechos susceptible de quebrar la necesaria imparcialidad que debe regir el enjuiciamiento del delito. Frente a la instrucción, la actividad decisoria exige del Tribunal absoluta imparcialidad y objetividad, libre de influencia alguna.

La separación formal y orgánica de las funciones de instruir y enjuiciar ha sido objeto de un tratamiento doctrinal específico. Son ejemplo de esta doctrina las SSTC 145/1988, de 12 de julio, 11/1989, de 24 de enero, 113/1992, de 14 de septiembre y 136/1992, de 13 de octubre, entre otras. En las resoluciones citadas se consigna la línea doctrinal del Tribunal Constitucional relativa a la preceptiva separación entre la función instructora y la función decisoria. Como regla general se excluye la posibilidad de acumular en un mismo órgano judicial la actividad de instruir y la de enjuiciar. Esta exclusión se sustenta esencialmente en el respeto a la imparcialidad judicial y al principio acusatorio como uno de los principios fundamentales del proceso penal.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional considera que no toda intervención del Juez antes del juicio oral tiene carácter instructor y aun en el caso de que formalmente pudiera tener dicha consideración, ello no implica *per se* que se comprometa su imparcialidad objetiva (STC 136/1992, de 13 de octubre). En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional permite considerar que el desarrollo de ciertos actos en la fase de instrucción no implica la pérdida de la imparcialidad por parte del Juez Instructor.

En la sentencia dictada ex art. 803 bis i) LECrim el Instructor no realiza ninguna actividad de enjuiciamiento por lo que, con independencia de que puede haber realizado una actividad de instrucción intensa, al no tener que entrar ni a enjuiciar ni a valorar la conducta criminal —sino que se limita a convalidar la propuesta aceptada por el encausado— no existe riesgo de que quiebre la imparcialidad, por lo que, en principio, no debería existir objeción al dictado de la sentencia.

4.5. Ineficacia del decreto

El decreto del Ministerio Fiscal será ineficaz cuando:

a) No se autorizara por el Juzgado de Instrucción.
b) No asistiera el encausado a la comparecencia al efecto señalada.
c) El encausado no aceptara la propuesta o la aceptara parcialmente.

En cualquiera de los supuestos indicados los efectos serán los mismos: el decreto deviene ineficaz y proseguirá la causa por el cauce legal que corresponda.

Asimismo, se establece que el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por el contenido del decreto, careciendo por consiguiente la propuesta ineficaz de ningún carácter precedente con respecto a la ulterior calificación de los hechos que por parte del Ministerio Público pudiera en su momento realizarse. Tampoco le impide una modificación de su postura en el proceso ni de las peticiones que realice a la vista de la información que se derivara con la práctica de diligencias de investigación en la instrucción judicial.

Aunque no se menciona expresamente, resulta obvio que la no aceptación del encausado —o la aceptación que parcialmente hubiera podido mostrar en la comparecencia— tampoco le vincula ni puede generarle ningún efecto pernicioso en la causa. Tampoco le afectará en cuanto a la posibilidad de conformarse en el futuro —con la concurrencia de beneficios, si procedieran— ni con respecto al ejercicio del derecho a la defensa.

Y, por último, el decreto tampoco vinculará al Instructor en cuanto a las concretas propuestas que con respecto a la pretensión penal o civil se hubieran efectuado.

5. La asistencia letrada

Considera el legislador que el establecimiento de un proceso sustancialmente acelerado, rápido y que permite la conversión de la petición de pena realizada por el Ministerio Fiscal debe ser totalmente respetuoso con el derecho de defensa.[23] La necesidad de garantizar los derechos del investigado se traduce en la preceptiva asistencia de letrado en la comparecencia a practicar en el monitorio penal.

Tradicionalmente, en el proceso penal el ejercicio de la defensa puede realizarse por el propio investigado (autodefensa) o bien a través de abogado (defensa técnica), derecho garantizado constitucionalmente en los arts. 17.3 y 24.2 CE. En general, el derecho a la asistencia de letrado consiste en la facultad del investigado de elegir un abogado de confianza[24] que le asista en el proceso penal realizando una función de apoyo técnico. Esta función —asistencial y de

---

23. En su momento, Rodríguez García, N., *La justicia penal negociada. Experiencias en derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª edición, p. 1997, acometió un estudio de los distintos ordenamientos de nuestro entorno a fin de examinar aquellos instrumentos de los que, en mayor o menor medida, han servido de inspiración a nuestro legislador para la creación del proceso por aceptación de decreto. De entre las propuesta que realiza, insiste en que la creación de un proceso sumarísimo penal —lo que vendría a ser el monitorio penal— no puede suponer en ningún caso la mengua de los derechos y garantías del procesado, a quien necesariamente se le debe dotar de derecho de defensa (p. 298).

24. Cfr. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 145.

asesoramiento—[25] es la que viene a desarrollar en el monitorio penal, según se desprende del art. 803 bis g) LECrim. En efecto, las funciones del letrado son esencialmente de asesoramiento. Se trata de que el encausado acuda a la comparecencia debidamente asesorado del contenido del decreto, la pena solicitada y los efectos de una eventual aceptación.

En la comparecencia la presencia del abogado es mero asistencial pues no consta que se le deba dar turno de palabra o deba ratificar la aceptación del encausado, pudiendo limitarse en el mejor de los casos a que el Juez —a fin de asegurar que el encausado comprende la repercusión del acto y de su aceptación— pueda preguntar al letrado si su cliente ha sido debidamente informado y asesorado, pero nada más. Pese a ello, su presencia resulta inexcusable, suspendiendo la comparecencia ante su inasistencia.

Precisamente, el carácter preceptivo de la intervención de letrado se pone en conocimiento del encausado en el propio auto que acepta el decreto y cita a comparecencia. Con el objeto de asegurar el asesoramiento técnico se le brinda al encausado la posibilidad de que solicite que le sea designado abogado de oficio cuando no se encontrara defendido por letrado en la causa o no dispusiere de abogado de confianza. Para el caso de que optara por un abogado de oficio, la solicitud de designación debe realizarse en el término de cinco días hábiles antes de la fecha señalada para la comparecencia, cuidando el órgano judicial de oficiar al Colegio de Abogados respectivo en aras a que se proceda a su designa.

6. Recursos y ejecución

Como sucede con las sentencias dictadas por conformidad del acusado, la sentencia de condena dictada por conversión del decreto no será susceptible de recurso alguno —art. 803 bis i) LECrim.— sin perjuicio obviamente de la posibilidad de solicitar aclaración o corrección de errores materiales o aritméticos manifiestos en los que la resolución pudiera incurrir (art. 267 LOPJ).

Cuestión distinta es la posibilidad de interponer recurso frente a las decisiones interlocutorias que se adoptaran por el Instructor durante la sustanciación del proceso. En este sentido, resulta interesante cuestionarse si el auto que dictara el Juez de Instrucción no autorizando el decreto podría ser recurrido por el Ministerio Fiscal. Aunque por aplicación de las reglas generales pareciera que

25. Lo que viene a denominarse por Mestre Delgado, E., «El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado», *La Ley Penal*, Noviembre 2015, edición digital, como «*garantía de asesoramiento jurídico*».

el auto podría ser susceptible de recurso,[26] existen diferentes factores que permiten excluir de recurso a dicha resolución. En primer lugar, porque no existe expresa previsión legal en el art. 803 bis e) LECrim, como sí existe, en cambio para el caso de la sentencia que se dicta al convertir el decreto aceptado por el encausado. Por otro lado, porque como consecuencia de la no autorización del decreto, éste quedará sin efecto, lo que provoca que la propuesta del Ministerio Fiscal quede simplemente anulada. Desde esta perspectiva, pareciera que el auto que no autoriza el decreto vendría a ser una resolución más cercana a la nulidad de actuaciones; por ello, se debería aplicar el régimen relacionado con la nulidad de actuaciones donde, por expresa previsión del art. 241.2 LOPJ, queda excluido de recurso la decisión judicial que acuerde dejar sin efecto alguna resolución o parte de las actuaciones judiciales. Y finalmente porque el acceso a la vía del recurso frente al auto de no autorización parece tener difícil encaje práctico con la pretendida agilización y rápida respuesta que se busca con el monitorio penal. Efectivamente, si lo que se quiere con este mecanismo es agilizar y descongestionar los Tribunales penales no parece lógico que pueda dilatarse su sustanciación mediante la interposición de recursos. Piénsese además que durante la sustanciación del proceso por aceptación de decreto se produce la interrupción del cómputo del plazo para realizar la investigación judicial y por ende la propia instrucción. Llevar la no autorización del decreto a segunda instancia supone no solo una dilación del propio proceso monitorio sino un entorpecimiento de la actividad de instrucción.

En materia de ejecución, el art. 985 LECrim establece que corresponderá la competencia al Juzgado que hubiera dictado la sentencia por aceptación de decreto cuando se tratara de un delito leve, esto es, al Juzgado de Instrucción al que se hubiera remitido el decreto. La ausencia de previsión legal con respecto al resto de delitos que tuvieran encaje en el monitorio penal, lleva a considerar que para la ejecución de las sentencias dictadas por aceptación de decreto cuando el delito sea menos grave será competente el Juzgado de lo Penal.[27]

---

26. A dicha conclusión se llega con la lectura de las previsiones contenidas en los arts. 216 y 766 LECrim. Así, en general, frente a las resoluciones del Juez de Instrucción podrán ejercitarse los recursos de reforma, apelación y queja (art. 216 LECrim.). Por otro lado, el art. 766 LECrim. establece que contra los autos dictados por el Juez de Instrucción cabe recurso de reforma y de apelación, salvo que expresamente estuvieran excluidos. La ausencia de previsión expresa en el art. 803 bis e) LECrim., aunque sirve para fundamentar argumento por el que el silencio del legislador implica que no cabe recurso, también permite una interpretación contraria. En este sentido, ante el silencio de la norma es necesario acudir a las normas generales en relación a la cuestión no expresamente prevista.

27. Cfr. Sánchez Melgarejo, F.R., «El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal? (II)», *www.abogacia.es*, marzo 2016, edición digital. Sostiene que esta cuestión será generadora de controversias entre los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de los Penal en orden a determinar qué órgano debe llevar a cabo la ejecución.

Por otro lado, tampoco prevé el legislador qué efectos tiene el incumplimiento de la pena aceptada. CASTILLEJO MANZANARES[28] considera que, para el caso de penas de multa, el impago abriría la vía de apremio y si ésta no fructificara podrá aplicarse la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 CP; para el caso de que la pena aceptada lo hubiera sido en sustitución de otra, su incumplimiento debería acarrear el cumplimiento de la pena principal que fue sustituida. En cuanto al incumplimiento de la responsabilidad civil fijada en sentencia, su cumplimiento forzoso deberá derivarse a la correspondiente ejecutoria. El contenido de los actos de ejecución concretos deberá ajustarse a las previsiones de la LEC, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación —restitución de la cosa o pago indemnizatorio del perjuicio— fijada en sentencia.

7. Bibliografía

CALVO SÁNCHEZ, Mª C., «Exposición del proceso monitorio en el ordenamiento procesal penal alemán, italiano y portugués», *Documentación Jurídica*, T. XVIII, Enero-Marzo, 1991, Jornadas de la Fe Pública judicial.

CASTILLEJO MANZANARES, R., «Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto», *Diario La Ley*, nº 8544, de 21.05.2015, edición digital.

CORREA DELCASSO, J.P., *El proceso monitorio*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

DELGADO CASTRO, J. «Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal», Política Criminal, Vol. 10, nº 19, Julio 2015, edición digital.

GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Revista Poder Judicial*, nº 2 Extra, 1988, pp. 3-22.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2008.

GOLDSCHMIDT, W., «La imparcialidad como principio básico del proceso», *Revista de Derecho Procesal*, 1950, nº 2.

GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», *Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2015, edición digital.

MÉNDEZ TOMAS, R. y SANTOS MARTÍNEZ, A., *El proceso monitorio*, 3ª edición Bosch, 2010.

MESTRE DELGADO, E., «El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado», *La Ley Penal*, Noviembre 2015, edidicón digital.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MUERZA ESPARZA, J.J., «El procedimiento monitorio penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 897/2015, edición digital.

ORTEGA CALDERÓN, J. L., «El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida», *Diario la Ley*, nº 8684, de 19.01.2016, edición digital.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª edición, 1997.

SÁNCHEZ MELGAREJO, F.R., «El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal? (I)», *www.abogacia.es,* edición digital.

28. Art. cit.

El proceso por aceptación de decreto: penumbras y sombras de una nueva alternativa para la conformidad penal

Marc Molins Raich
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho penal U.B.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Génesis normativa. 3. Requisitos y forma de tramitación del procedimiento por aceptación de decreto. 4. Problemas y dudas que plantea la nueva regulación. 4.1. ¿Cuál es el verdadero ámbito de aplicación de este procedimiento? 4.2. ¿Qué sentido práctico tiene este procedimiento? 4.3. Últimas consideraciones en relación con un modelo de negociación trazable e unilateral.

1. Introducción

El novedoso proceso por aceptación de decreto ha sido introducido en nuestra legislación por medio de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, «*de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*», por el que se añade el Título III «*bis*» a su Libro IV, esto es, el destinado a la regulación de los procedimientos especiales.

Con la inclusión de este nuevo procedimiento ya son 13 las alternativas procedimentales previstas para la exacción de responsabilidad penal, lo cual, por sí mismo, genera las primeras dudas acerca de la deseable homogeneidad y coherencia de un cuerpo normativo necesariamente disperso y excesivamente casuístico.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2015 justifica la codificación de este procedimiento «*monitorio*» aduciendo que «*permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el encausado da*

su conformidad, con preceptiva asistencia letrada». Según el Legislador, este procedimiento se basa en un modelo de probado éxito en el Derecho comparado por el que «*se instaura un mecanismo de aceleración de la justicia penal que es sumamente eficaz para descongestionar los órganos judiciales y para dispensar una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa o trabajos en beneficio de la comunidad, totalmente respetuoso con el derecho de defensa*».

Desde un punto de vista programático el Legislador sostiene que «*el objetivo de esta reforma es el establecimiento de un cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad, aplicable con independencia del procedimiento que les corresponda. Resulta, pues, aplicable tanto a los delitos leves como a los delitos menos graves que se encuentren dentro de su ámbito material de aplicación, a instancia del Ministerio Fiscal y antes de la conclusión de la fase de instrucción. También responde a la posibilidad de culminar la fase de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal con una elevación de las actuaciones al juzgado de instrucción que implique no ya la puesta en conocimiento del hecho sino, de facto, la solicitud de la sentencia y pena correspondiente.*» Su efectiva aplicación, según prosigue «*implicará una reducción significativa de las instrucciones y ulteriores juicios orales, lo que redunda también en beneficio del acortamiento de la denominada "fase intermedia" de los procedimientos*».[1]

Sin embargo, y sin perjuicio de lo que diremos más adelante, consideramos que tan loable propósito parece abocado al fracaso y lo anterior en la medida en que la nueva regulación ofrece serias dudas en cuanto al ámbito competencial y a la efectiva oportunidad de aplicación de un procedimiento que tendría todo el sentido en un escenario normativo en el que el Ministerio Fiscal asumiese de forma generalizada la instrucción de las causas penales, pero no en un modelo como el vigente en el que esta labor sigue siendo competencia exclusiva del Juez de Instrucción.

2. Génesis normativa

La referencia a la experiencia comparada a la que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, resulta elocuente y a nuestro entender ilustrativa del error en el enfoque que preside la configuración de este procedimiento.

Efectivamente el proceso por aceptación de decreto no es desconocido en el derecho comparado. Del sucinto análisis de los Códigos procesales más cercanos se colige que tanto el «*Codice de Procedura Penale*»[2] italiano, como el

1. Exposición de Motivos de la Ley 41/2015. Epígrafe segundo, párrafo quinto.

2. Artículos 459 y ss. del Código procesal italiano.

Código procesal portugués,[3] o el StPO alemán[4] —entre otros— contemplan un cauce procedimental en méritos del cual, en los delitos menos graves, se le permite al Ministerio Fiscal concluir la investigación cuando la pena que éste propone sea aceptada por parte del justiciable y del propio del Juez de Garantías. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en nuestro caso, en ambos sistemas el Ministerio Fiscal monopoliza el ejercicio de la acción penal, sujeto al principio de legalidad, si bien su estructura orgánica está ubicada en el marco de la Magistratura, con autonomía de cualquier otro poder y sin que rijan los principios de jerarquía y de unidad de actuación.

En nuestro contexto normativo el precedente más inmediato de esta nueva regulación lo hallamos en el Borrador de Código Procesal Penal del año 2013.[5]

En dicho anteproyecto —prácticamente transcrito en este particular por nuestro actual Legislador—, se preveía la posibilidad de anticipar la finalización de la investigación y la condena de la conducta de investigado por medio de la aceptación del Decreto planteado por el Ministerio Público durante la fase de investigación preliminar.

Sin embargo, esta previsión se desarrollaba en un contexto normativo esencialmente distinto al que ahora nos ocupa puesto que por medio de dicho anteproyecto nuestro Legislador no solamente concretaba el viejo exordio por una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal sino que lo hacía en favor de un nuevo modelo procedimental en el que se otorgaba al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación preliminar de cualquier delito. En este escenario cabía introducir como lógico contrapeso, la facultad de transar cualquier procedimiento o lo que es lo mismo, reconocer sin cortapisas la plena operatividad del principio de oportunidad.[6]

Como decíamos, en un marco normativo como el pretendido por el Legislador de 2013 o como el que impera en la mayoría de países comparados, resulta de gran

---

3. Artículo 379 del Código procesal portugués.

4. Artículos 153 y 154 del StPO (*Strafprozebordung*). En dichos preceptos se admite la posibilidad de acordar el sobreseimiento de una causa en base a la escasa lesión social producida por la comisión de un delito y lo anterior, como decíamos, en base a la «falta de interés público en la persecución penal» del hecho objeto de investigación. De acuerdo con los estudios estadísticos anualmente acometidos, esta posibilidad legal produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida infracciones menores o faltes que por ejemplo en España suelen terminar con una suspensión de las penas impuestas.

5. El procedimiento por aceptación de decreto se halla profusamente regulado en dicho Anteproyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 485 a 494. Llama poderosamente la atención el hecho de que la actual regulación es prácticamente una copia de lo que en su día previó el Legislador.

6. Sobre la clásica pugna entre los principios de legalidad y el de oportunidad, véase Diez Picazo, LM. «El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo». Ariel. Barcelona, 1 ed. 2000. Págs. 27 y ss. Y también a Armenta Deu, T. «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas». *Poder Judicial* núm. 41-42. 1996. Pp. 53-86.

utilidad para las partes contendientes disponer de un mecanismo de solución rápido e inmediato para los supuestos en los que la investigación preliminar aconseja conformar la responsabilidad penal del encartado. Sin embargo, como se dirá con más detalle, este precedente no se puede extrapolar de forma pacífica a nuestra actual regulación puesto que el rol del Fiscal es esencialmente distinto al pretendido por el Legislador en ese extinto proyecto. Y lo anterior por cuanto, ni son tantas las acciones de investigación iniciadas y conducidas por el Fiscal en méritos de las prerrogativas reconocidas en el artículo 5 de su Estatuto Orgánico[7] —puesto que las Diligencias Preliminares se reservan a la investigación de los delitos más graves—, ni es tan activa su presencia en la primera fase de del procedimiento penal (en la que ni tan siquiera tiene físicamente a su alcance las actuaciones judiciales), y todo lo anterior sin perjuicio de que ya existen en nuestra norma de ritos penales una retahíla de procedimientos rápidos y eficaces para la sustanciación de los delitos menos graves como pueden ser los vinculados a la seguridad vial.

Es por ello por lo que consideramos que ni la experiencia comparada de otros ordenamientos ni las tentativas de codificación ofrecen la luz que nos permita zafarnos de las penumbras y las tinieblas que ofrece el modelo actual.

3. Requisitos y forma de tramitación del procedimiento por aceptación de decreto

Aún a riesgo de parecer excesivamente críticos con la labor de nuestro Legislador, lo primero que llama la atención en la regulación de este nuevo procedimiento es su nomenclatura. Dejando a salvo que lo que sería objeto de previsión legal no sería un «proceso» sino un verdadero «procedimiento», lo cierto es que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal reserva la posibilidad de dictar Decretos a los Letrados de la Administración de Justicia,[8] de tal modo que —aun siendo la fórmula habitualmente empleada en el seno de las diligencias preliminares o de investigación— ni tan siquiera el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal reconoce la posibilidad de su dictado a los Sres. Fiscales, de modo que no nos parece acertado vincular la nomenclatura de este procedimiento a una suerte de resolución huérfana de previsión legal.[9]

---

7. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 24/2007, de 9 de octubre) *Boletín de Información —suplemento al nº 2049. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.* Madrid 2007.

8. El Reglamento Orgánico de los Secretarios Judiciales (Real Decreto 1608/2005 de 30 de Diciembre), actuales Letrados de la Administración de Justicia, dictaran decretos cuando por medio de con tal resolución se trate de poner término a un procedimiento del que tengan atribuida exclusiva competencia. El decreto será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base su parte dispositiva o fallo.

9. Al hilo de esta cuestión véase SANCHEZ MELGAREJO, JR; *El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal?;* en http://www.abogacia.es/2016/02/24/el-proceso-por-aceptacion-de-decreto-una-verdadera-via-para-la-conformidad-penal-i/.

En lo que se refiere a la regulación de fondo de este nuevo procedimiento, lo que en síntesis permite el Legislador es que en cualquier momento, después de iniciadas diligencias de investigación por la Fiscalía o tras la incoación de un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos:

1.º Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
2.º Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
3.º Que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

En este escenario, cuanto menos particular, si el Fiscal considera oportuno plantear la posible conformidad del investigado dictará un «*Decreto de propuesta de imposición de pena*» con el siguiente contenido: (i) la identificación del investigado; (ii) la descripción del hecho punible; (iii) la indicación del delito cometido y la mención sucinta a la prueba existente; (iv) una breve exposición de los motivos por los que entiende que la pena deber ser sustituida; (v) una referencia a las penas propuestas, pudiendo proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal; y finalmente, (vi) las peticiones de restitución e indemnización que en su caso procedan.

Ese «*Decreto de propuesta de imposición de pena*» se remitirá al Juzgado para su autorización por parte del Juez de Instrucción, quedando ésta condicionada a la verificación de los requisitos formales consignados anteriormente. Si se supera este filtro, el Decreto deberá ser notificado al investigado citándosele para que comparezca ante el Juzgado en la fecha y el día que éste señale. En caso contrario, es decir, si el Juzgado de Instrucción no autoriza el decreto, éste quedará sin efecto aunque unido a la causa.

Según establece la propia regulación, en la notificación del Decreto se informará al encausado de la finalidad de la comparecencia, de la preceptiva asistencia de Letrado para su celebración y de los efectos de su incomparecencia o, caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el Decreto. También se le informará de que, en caso de no encontrar-

se defendido por Letrado en la causa, debe asesorarse con un Abogado de confianza o solicitar un Abogado dentro del trámite legalmente conferido.

Para que se pueda dar inicio a la comparecencia cuyo objeto se concreta en la aceptación o el rechazo de la pena o penas interesadas por el Ministerio Fiscal por medio del Decreto, el investigado habrá de comparecer en el juzgado de instrucción asistido de Letrado.

Si el encausado no compareciese o rechazase la propuesta del Ministerio Fiscal, total o parcialmente en lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización, quedará la misma sin efecto. Para el caso en que el encausado compareciese sin Letrado, el Juez suspenderá la comparecencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y señalará nueva fecha para su celebración.

Al igual que sucede el ámbito de las conformidades, en la comparecencia prevista el Juez, en presencia del Letrado, se asegurará de que el encausado comprende el significado del Decreto de propuesta de imposición de pena a los efectos de su aceptación, quedando todo ello registrado por los medios audiovisuales habitualmente empleados.

Si el encausado acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno.

Por el contrario, si el decreto de propuesta de pena deviene ineficaz por no ser autorizado por el Juzgado de Instrucción, por incomparecencia o por falta de aceptación del encausado, el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por su contenido y proseguirá la causa por el cauce que corresponda.

En cualquier caso, insistimos, incluso en el supuesto de que el Decreto sea rechazado por parte del justificable, la propuesta documentada del Fiscal quedará unida a las actuaciones.

4. Problemas y dudas que plantea la nueva regulación

Tal como apuntábamos en la introducción de presente artículo, las penumbras y las sombras —que no luces— que presenta esta nueva regulación no son baladíes de manera que resulta muy aventurado afirmar que sus previsio-

nes de aplicación alcanzarán las expectativas pretendidas por el Legislador en la Exposición de Motivos de la norma.[10]

Las cuestiones que a nuestro entender plantea esta nueva regulación de una forma más acuciante son las siguientes:

4.1. ¿Cuál es el verdadero ámbito de aplicación de este procedimiento?

Desde que en 1988 se incorporó al elenco de procedimientos penales el comúnmente denominado «*Procedimiento abreviado*», han sido varios los intentos de nuestro Legislador de habilitar nuevos cauces procesales que permitan a las partes zafarse del procedimiento penal a través de la aceptación de la responsabilidad plasmada en una sentencia de conformidad. Esta voluntad simplificadora culminó de forma singular con la promulgación de la Ley Orgánica 13/2003 por la que se instauró el «*Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*» en el que, como es sabido, se acumula ante el Juzgado de Guardia una sucinta instrucción con los trámites propios de la fase intermedia, facultándose expresamente al órgano instructor para que sentencie los hechos cuando exista conformidad entre las partes.

A pesar de las reticencias iniciales, lo cierto es que la experiencia práctica ha demostrado la operatividad y la eficacia de estas apuestas por acelerar la disposición de las causas en los asuntos menos graves lo cual contribuye de una forma notable a la necesaria descongestión de nuestros órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, en el momento de valorar el ámbito de potencial aplicación de este nuevo procedimiento, las expectativas no son demasiado halagüeñas de modo que la loable voluntad del legislador merecería una valoración crítica en la medida en que represente la adición de un nuevo cauce procedimental sin operatividad potencial al elenco de los ya existentes, lo cual no está exento de consecuencias.

La fijación de los límites penológicos previstos en el artículo 803 bis a, nos hacen pensar que los delitos llamados a ser enjuiciados por medio de este nuevo procedimiento (i) difícilmente habrán sido objeto de una investigación preliminar por parte del Ministerio Fiscal —reservada como es sabido a los supuestos delictivos más graves—; (ii) cuando se trate de delitos contra la seguridad vial, normalmente habrán sido judicializados por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por los cauces del procedimiento ur-

10. En este sentido véase también a Todolí Gómez, A.; *Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por ministerio fiscal;* en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicación-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-ministerio-fiscal/.

gente; (iii) en el resto de los casos, cuando se haya iniciado el procedimiento por la vía de las Diligencias previas, las partes podrán interesar la acomodación de las mismas al cauce del «Procedimiento urgente», por la vía del apartado 5º del artículo 779 de la Ley de ritos penales;[11] y finalmente, (iv) en el caso de los delitos leves que hayan sido sometidos a la consideración del Juzgado de Instrucción directamente por medio de denuncia o querella, la primera valoración por parte del Fiscal de su efectiva relevancia penal se producirá en méritos de la citación al Juicio oral en cuyo caso, la eventual conformidad por parte del acusado, discurrirá por la misma vía sin necesidad de alteración alguna.

Sentado lo anterior y advertida la ausencia de un verdadero sustrato fáctico justificativo de la promulgación de este nuevo procedimiento, interesa poner de manifiesto que la apuesta del Legislador no es neutra desde un punto de vista normativo puesto que abunda en la sensación de «parcheo normativo» reiteradamente denunciada por parte de la mejor doctrina científica y lo anterior sin perjuicio de la sensación de que nuestro Legislador parece haber trasladado de forma mecánica un procedimiento que aun teniendo mucho sentido y operatividad en un modelo de enjuiciamiento criminal en el que la investigación la dirige el Ministerio Fiscal, en este momento carece aplicabilidad práctica potencial.

4.2. ¿Qué sentido práctico tiene este procedimiento?

Una vez salvado el reproche vinculado a la inexistente repercusión práctica de este nuevo procedimiento, merece un punto y aparte la valoración de su practicidad y lo anterior sobre la base de la premisa de que concurriendo con otros procedimientos, solamente tiene sentido su promulgación si efectivamente representa una simplificación notable de los trámites conducentes al dictado de la sentencia condenatoria. Tampoco en este sentido la nueva regulación merece una valoración satisfactoria.

A pesar de la aparente voluntad simplificadora que subyace en el articulado, lo cierto es que hasta el dictado de la eventual sentencia, el proceso exige una copiosa labor de tramitación por parte del Juzgado de Instrucción y del representante del Ministerio Fiscal, exigiendo su coordinación hasta en tres ocasiones para poder plantear el escenario adecuado en el que culminar el proceso.

---

11. Como es sabido por medio de este cauce nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de que «*si en cualquier momento anterior, el imputado, asistido de su Abogado, hubiese reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los cauces previstos en los artículos 800 y 801*». En síntesis, se contempla la posibilidad de redirigir unas Diligencias previas «ordinarias» esto es, que inicialmente no reunían los requisitos previstos para la tramitación del asunto por el cauce del procedimiento urgente, por tal vía cuando haya un reconocimiento de los hechos por parte del acusado y los límites penológicos lo contemplen.

A diferencia de lo que sucede con la conformidad que se acomete por los cauces del artículo 779 5º o por los del artículo 801 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que las sucesivas comparecencias cumplen con un propósito diverso y alternativo (trasladar la condición de investigado, estimular el encuentro entre las partes contendientes, practicar las necesarias diligencias de instrucción y eventualmente conformar la responsabilidad…), en la vía que ahora nos ocupa, el Juzgado de Instrucción debe coordinar la presencia del representante del Ministerio Público con la del imputado y la de su Letrado, y debe hacerlo al exclusivo efecto de valorar su opinión en relación con la propuesta de conformidad unilateralmente confeccionada por éste.

La sorprendente previsión de la posibilidad de que al investigado no se le haya conferido la condición de investigado ni se le haya recibido declaración (a pesar de haberse previsto la posibilidad de que se haya hecho acopio de las «*pruebas*» (sic.) sobre las que descansa la propuesta de condena), añade además un nuevo factor de incertidumbre que se concreta en la posibilidad de que el mismo acuda sin asistencia legal a la citación librada por el Juzgado de Instrucción, lo cual requerirá —según la propia literalidad del precepto—, la realización de una nueva convocatoria de todos los profesionales involucrados en el proceso para que se vuelva a valorar la posible conformidad del justificable con la propuesta efectuada por el Fiscal.

Sin perjuicio de la posible nulidad en la que podría incurrir una labor investigadora realizada por parte del Ministerio Fiscal o del propio Juzgado de Instrucción cuando la misma se haya llevado a cabo sin el previo traslado de la condición de investigado,[12] lo cierto es que el cauce procedimental diseñado por el legislador no parece aligerar la carga de trabajo de la Oficina Judicial llamada a la postre a coordinar en diversas ocasiones los sucesivos encuentros entre todos los operadores y el justiciable, llegando incluso a prever la presencia de los tres primeros sin haber asegurado la viabilidad procesal de un incidente que en cualquier caso está condicionado a la efectiva presencia del Letrado del conformante (lo cual, insistimos, solamente se puede aceptar sin reticencias el contexto de algunos delitos contra la seguridad vial en los que expresamente está prevista la posibilidad de renunciar a la asistencia letrada ex. Art. 520·8 en el momento de la detención) pero no así en cualquier otro delito en el que se comprende mal la posibilidad de haber hecho acopio de «pruebas» o de haber instruido las actuaciones, sin haberle otorgado al encartado la condición de investigado ni haberle recibido

12. En cuanto a la adquisición de la cualidad de investigado —término que es introducido con ocasión de la reforma operada por LO 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en referencia al anterior imputado durante la fase de instrucción—, señala de forma constante y pacífica desde la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de mayo de 1997, que tal condición debe concederse con absoluta inmediatez a la persona contra la que se dirige la investigación, so pena de incurrir en la nulidad de las actuaciones realizadas con indefensión por lo que desde ese momento se conoce como una «posposición maliciosa de la condición de imputado».

declaración, puesto que difícilmente se comprende esta actuación sin haber causado una verdadera y real indefensión en el sujeto pasivo del procedimiento.

La nueva regulación tampoco concreta sobre la base de qué criterio debe asesorar el Letrado al destinatario del Decreto. Dejando a salvo la efectiva verificación de las consideraciones formales previstas en el artículo 803 bis C, en la medida en que no se garantice explícitamente el acceso a la documentación resultante de la investigación preliminar conducida de forma privativa por el Ministerio Fiscal, la intervención de la defensa quedará injustamente limitada a la constatación de una serie de requisitos formales sin que quepa admitir sin sonrojo, que la referida «*mención sucinta de la prueba existente*» (exigida en el epígrafe tercero del Decreto) permite valorar de una forma cabal la consistencia de tales pruebas o incluso su legalidad y, en consecuencia, la inteligencia de conformar con la petición formulada por parte del Fiscal director de la investigación.

En estrictos términos de gestión documental, el procedimiento tampoco es todo lo sencillo y ágil que podría llegar a ser. Sin perjuicio de la reiteración de incidentes procesales, la ley exhorta a la Oficina actuante a documentar fehacientemente todos y cada uno de los intentos —fallidos o no— de conformar las voluntades del justificable con las del Ministerio Público, generando con ello una ristra de resoluciones que incrementa de forma sustancial la carga de trabajo que representa la consecución del mismo objetivo cuando el mismo se persigue por el cauce del Procedimiento urgente. Sin perjuicio del propio Decreto suscrito por el representante del Ministerio Fiscal, la norma exige el dictado de las siguientes resoluciones: auto de autorización del Decreto, notificación informada del cauce procedimental y de las obligaciones inherentes al deber de comparecer; acta de comparecencia; eventual nueva citación en los casos en los que el justiciable —que no investigado— comparezca sin asistencia letrada; segunda acta de comparecencia y Sentencia.

Abundando en la resolución de incoación del proceso, común en cualquier procedimiento penal, de la secuencia transcrita se deduce que en el mejor de los casos el órgano jurisdiccional deberá realizar entre 3 y 5 actuaciones procesales documentadas para poder trasladar la posibilidad de conformar al ciudadano con todas las garantías. En términos de practicidad, esta secuencia contrasta con la propia del Procedimiento urgente en la que no solamente se actúa con más garantías (las propias de la inmediación y de la contradicción inherentes al propio proceso), sino que además se consigue ese propósito de simplificación que preside la elaboración de la norma en la medida en que en el peor de los casos, esto es, que no sea posible aunar las voluntades contradictoras que confluyen en el proceso, su comparecencia habrá permitido cumplimentar ciertas diligencias necesarias para la instrucción así como la evacuación de otros trámites necesarios para la eventual acomodación o sobreseimiento de las actuaciones.

4.3. Últimas consideraciones en relación con un modelo de negociación trazable e unilateral

Finalmente cumple terminar el presente análisis significando que el planteamiento del legislador parece adolecer de dos problemas estructurales que tampoco que permiten ser optimistas con la efectiva aplicación práctica de este cauce procedimental.

Tras el análisis de la norma se colige inmediatamente que la iniciativa del procedimiento corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal, puesto que en esencia se trata de aceptar o rechazar la propuesta punitiva que éste *motu proprio* somete a la consideración del investigado.

En un modelo de enjuiciamiento criminal como el nuestro, en el que la propia Ley reconoce el derecho del perjudicado a mostrarse parte y a ejercer privativamente las facultades inherentes a su condición de víctima o de ofendido por el delito, la previsión de un procedimiento que parte de la premisa de que solamente el Fiscal debe estar ejerciendo la acusación llama la atención. La extrema celeridad con la que se concibe la sustanciación del procedimiento plantea la duda acerca de lo que sucede en los casos en los que la propuesta de Decreto se incorpora a las actuaciones antes de que el Juzgado de Instrucción haya realizado el oportuno ofrecimiento de acciones previsto en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los eventualmente perjudicados por el hecho delictivo. Esta circunstancia es sintomática —una vez más— de la aparente extrapolación de un procedimiento concebido en otro escenario legislativo en el que ejercicio de la acción penal corresponde de forma monopolística al Fiscal, lo cual no sucede en nuestro modelo de enjuiciamiento criminal.

Sentado lo anterior, desde la perspectiva que impone la actual regulación se adivinan dos inconvenientes más: en primer lugar, el que se refiere a la propia oportunidad del ofrecimiento y, en segundo lugar, el que alude a la aparente imprevisión del efecto que tendrá la constancia documentada de una determinada propuesta cuando ésta sea rechazada por el encartado.

En relación con la primera objeción, lo cierto es que el escenario que plantea el Legislador no parece sencillo de gestionar. La experiencia diaria demuestra que el éxito y la eficacia del principio de oportunidad radica en la posibilidad de permitir al justiciable que perciba la bondad de un ofrecimiento basado en el consenso de voluntades alcanzado a través del pacto entre las partes contendientes. La sensación de unilateralidad que destila de la regulación que ahora comentamos (en la que, insistimos, se llega a contemplar la posibilidad de que la propuesta del Fiscal se formule en un momento en el que ni tan siquiera se le haya recibido declaración al investigado), nos lleva a concluir que en condiciones normales, desde la pers-

pectiva del justiciable (quien no habrá tenido la oportunidad de oponer sus argumentos de descargo o de transacción), el único parámetro para valorar la bondad del acuerdo quedará limitado a la pena que se solicite o lo que es lo mismo, a que efectivamente se ofrezca el límite legal previsto en el apartado 5º del artículo 803 bis c), lo cual tampoco parece acertado desde una perspectiva de política criminal.

Sin embargo, la mayor de las dudas que acucia al presente procedimiento es la que hace referencia a la permanencia en la causa de la documentación derivada de este intento de conformar las responsabilidades aun cuando esta posibilidad sea rechazada por el encartado.

Desde la perspectiva que impone la teoría de los actos propios (de aplicabilidad cuestionable en un supuesto como este), y en cualquier caso, del derecho que asiste al Ministerio Público a mantener la reserva de sus planteamientos estratégicos cuando estos no prosperan, no se comprende que el ofrecimiento documentado de una determinada pena quede unido a la pieza principal de la causa.

La ausencia de previsión de la posibilidad de que el Fiscal pueda retirar los ofrecimientos realizados a los meros efectos de conseguir la conformidad del justiciable cuando estos hayan sido rechazados, no solamente genera serias dudas acerca de la oportunidad de confeccionarlos y remitirlos al Juzgado de Instrucción sino que además desoye el efecto contaminante que pueden tener sobre el órgano llamado al enjuiciamiento, convirtiendo esta opción —de nuevo— en una posibilidad poco plausible desde la óptica contradictoria que preside la disposición del procedimiento jurisdiccional.

Dicho de otro modo, la lacónica previsión alusiva a que «*el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por el contenido del Decreto cuando este haya sido rechazado, su contenido y proseguirá la causa por el cauce que le corresponda*» (prevista en el párrafo segundo del artículo 803 bis f) no obsta para advertir el grave inconveniente que representa esta situación para el mismo, en la medida en que habrá explicitado los fundamentos de su acción vinculándolos a una petición de condena muy beneficiosa para el encartado, ni tampoco soslaya el perjuicio que en su caso puede deparar para la buena disposición de la causa, el hecho de que tal documento pueda ser valorado por parte del Magistrado llamado a enjuiciar el asunto.

Tampoco en este aspecto parece haber acertado el Legislador.

Novedades relativas a la revisión de la sentencia firme tras la reforma, por la Ley 41/2015, del art. 954 LECrim[1]

David Vallespín Pérez
Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona

Nancy Carina Vernengo Pellejero
Prof. Asociada de Derecho Procesal - Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los motivos de revisión del art. 954.1 LECrim. 3. El motivo de revisión del art. 954.2 LECrim. 4. El motivo de revisión del art. 954.3 LECrim.

1. Introducción

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales,[2] con seguimiento de la justificación ya referida en el apartado VI de su Exposición de Motivos («*la necesidad de establecer en el ordenamiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora sin otra cobertura que la interpretación jurisprudencial, impone la reforma de los motivos del recurso*

1. Este artículo ha sido elaborado por sus autores con motivo de su participación en las Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez, que bajo el auspicio de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez se han desarrollado, en la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, los días 26 y 27 de noviembre de 2015. Para ambos autores y, muy especialmente, para el Prof. Dr. David Vallespín, el haber participado en este evento, tanto con la elaboración compartida de este artículo, como con su intervención como ponente en su Quinta Mesa Redonda, relativa a las «Modificaciones procedimentales», no solo ha supuesto un auténtico honor, sino también un acto muy emotivo, ya que quienes hemos compartido parte de nuestra formación universitaria con el Dr. Serra, siempre estaremos en deuda con él y lo tendremos presente, día a día, en nuestro recuerdo.

2. Su entrada en vigor, en atención a lo dispuesto en su Disposición final cuarta, tendrá lugar a los dos meses de su publicación en el BOE, hecho éste que ha acontecido con fecha 6 de octubre de 2015.

de revisión, en el marco de la mejora técnica de los diversos supuestos y con inclusión también de la posibilidad de impugnación de sentencias penales que puedan resultar contradictorias con la dictada posteriormente en otro orden jurisdiccional acerca de una cuestión perjudicial no devolutiva y de las sentencias dictadas en los procedimientos de decomiso autónomo en el caso de que la ulterior sentencia penal recaída en el procedimiento principal no considerare acreditado el hecho delictivo que habilitó el decomiso»), incorpora una nueva redacción del art. 954 LECrim., que pasa a tener la siguiente dicción literal respecto a los motivos tasados que permiten su solicitud:[3]

> «*Se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes:*
> *a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.*
> *b) Cuando haya recaído una sentencia penal firme condenando por un delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto.*
> *c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.*
> *d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.*
> *e) Cuando resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.*
> *2. Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte.*
> *3. Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persisten y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revi-*

---

3. Y ello, sin olvidar, además, la referencia a la duplicidad de sentencias que incorpora el art. 328.5º LPM: «*cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones*», pues sus motivos no coinciden con los del art. 954 LECrim; la revisión fundada en la inconstitucionalidad de la ley penal (art. 40.1 LOTC); y lo ilógico que resulta que haya desaparecido como motivo de revisión, expresamente recogido en la LECrim., el relativo la supervivencia de la víctima en un homicidio, hasta ahora previsto en el viejo art. 954.2 LECrim y que, en el momento actual, solo es contemplado en el art. 328.2 LPM y amparado por la no reforma del art. 958 LECrim. (sobre estos particulares casos, véase, por todos: Gómez Colomer, J.L. *Los efectos del proceso, en Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, obr, cit,* págs. 511, 514 y 515).

sión. En este supuesto, la revisión solo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal».

En relación a esta redacción, lo primero que cabe señalar es que el legislador procesal penal de 2015, a diferencia de lo que cabe contemplar en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sigue hablando, ya desde la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, del recurso de revisión, cuando lo cierto es que estamos en presencia de una acción autónoma de impugnación dirigida a impugnar la cosa juzgada material de una sentencia penal firme.[4] La revisión de la sentencia firme no puede concebirse como un recurso,[5] pues mientras éstos persiguen conseguir una nueva cognición de las cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que todavía no han alcanzado firmeza; la revisión, por el contrario, viene dirigida contra resoluciones que ya son firmes, encontrando su fundamento en la necesidad de ponderar y mantener el equilibrio entre la seguridad jurídica, que deriva de la cosa juzgada, y el anhelo de justicia, que es una aspiración primaria y fundamental que no puede sacrificarse en el altar de la seguridad jurídica en aquellos casos de vulneraciones flagrantes e insufribles, que las legislaciones tipifican como causas o motivos tasados de revisión de la sentencia firme.

La actual ordenación de los motivos para instar la revisión, recogidos en la reforma del art. 954 LECrim., parece responder a una concreta necesidad de ampliar esas causas de revisión (algunas de las cuales sólo venían representadas, hasta el momento, por una interpretación por analogía del art. 954.4º LECrim.). Se intenta, pues, adecuar la relación de motivos de revisión a aquellos que, hasta la reforma, únicamente eran reconocidos por doctrina y jurisprudencia (como es el caso de la presentación de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como causa de rescisión de la sentencia firme). Si bien en la nueva regulación se han añadido algunos motivos tan necesitados de regulación específica, como la prevaricación judicial; lo cierto, sin embargo, es que también cabe apreciar una cierta falta de homogeneidad entre el contenido del art. 954 LECrim. y el que es propio de los demás preceptos reguladores del procedimiento de revisión, en los que incluso, por sorprendente que pueda parecer, todavía se hace referencia a los cuatro tradicionales motivos del art. 954 LECrim. (vg. el art. 958 LECrim.).

---

4. Una concepción errónea del legislador sobre la cual también disienten, en relación al proceso civil, con conclusiones totalmente trasladables al enjuiciamiento criminal, entre otros: Calvo Sánchez, M.C. *La revisión civil*, Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 23 y ss.; Doval de Mateo, J.D. Revisión civil, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pág. 65; Pérez Daudí, V. *El incidente de nulidad de actuaciones después de resolución judicial firme en el proceso civil*, Justicia: revista de Derecho Procesal, nº 1, 2014, pág. 174; Serra Domínguez, M. «*Nota crítica a la obra Revisión Civil» (*de J.D. Doval de Mateo, Librería Bosch, Barcelona, 1979), Anuario de Derecho Civil, Fasc. 3, 1982, pág. 781; Vallespín Pérez, D. *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil,* Atelier, Barcelona, págs. 18 y ss.; y Vázquez Sotelo, J.L. «*Prólogo a la obra del Prof. Dr. David Vallespín, La revisión de la sentencia firme en el proceso civil», obr., cit.,* pág. 12.

5. Nieva Fenoll, J. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2011, págs. 334 y ss.

De igual forma, también cabe reseñar en este apartado introductorio, de una parte, que la Ley 41/2015 no ha incorporado ninguna modificación relativa a la competencia, partes, procedimiento, resoluciones y efectos que son propios de la revisión de la sentencia firme en el proceso penal (arts. 955 a 961, ambos inclusive, de la LECrim); y, de otra, que en atención a su Disposición transitoria única, la Ley 41/2015, que se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, también se aplicará en lo relativo al art. 954 LECrim a aquellas sentencias que adquieran firmeza tras su entrada en vigor; y en el supuesto previsto en su apartado tercero, a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que adquieran firmeza tras su entrada en vigor.

2. Los motivos de revisión del art. 954.1 LECrim

En función de lo ahora previsto en el apartado primero del art. 954 LECrim., será posible solicitar la revisión de la sentencia firme, en primer lugar, «*cuando una persona haya sido condenada en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto».* Este motivo, heredero del antiguo motivo recogido en el art. 954.3º LECrim., presenta, como aspecto novedoso más evidente, la sustitución del término «exacción», por el de «coacción»; largamente reivindicado por la doctrina.

En términos generales, el contenido de este precepto ha respetado el de su regulación anterior; y supone, en esencia, la revisión solicitada bajo el paraguas de una prueba (documental o testifical); la confesión del reo arrancada con violencia o mediante coacción (cuyo precedente más paradigmático encontramos en el célebre caso Grimaldos); o la cláusula abierta basada en cualquier hecho punible que haya sido ejecutado por un tercero (una causa que antes incorporaba los casos de prevaricación judicial; y que ahora se integran en un motivo aparte); y todos ellos bajo la premisa de haber sido declarados mediante sentencia judicial firme, anterior a la interposición de la revisión, tal y como venía sucediendo en la anterior versión de este motivo. Este motivo de revisión aparece plenamente justificado, pues la sentencia de condena ha sido obtenida mediante delito,[6] lo que implicaría la absolución del condenado en el juicio rescisorio.[7]

---

6. Ortego Pérez, F. «*El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*», La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 4824, 2000, págs. 2115 y ss.

7. Gómez Colomer, J.L. «*Los efectos del proceso», en Derecho Jurisdiccional III*, *Proceso Penal*, con Montero Aroca, Barona Vilar, Esparza Leibar y Etxeberría Guridi, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 512.

La aplicación de este motivo de revisión requiere la observancia, como bien ha señalado Gimeno Sendra,[8] de tres presupuestos: el primero, que haya una sentencia penal firme de carácter condenatorio, salvo que el proceso penal haya sido objeto de archivo por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo; el segundo, que haya existido otro pronunciamiento también firme en causa criminal que ponga de relieve la existencia de una falsedad documental o de testimonio, que haya servido para condenar al reo; y el tercero, que entre hecho punible posterior y la condena anterior, que es aquella cuya anulación se pretende mediante la revisión, exista una relación de la que pueda inferirse que el hecho punible posterior ha sido valorado como prueba relevante en orden a la condena.

Según la letra b) del art. 954.1 LECrim. será también posible solicitar la revisión «*cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiere sido distinto*».

Huelga decir, al respecto, que el legislador ha pretendido dotar de un apartado propio a un motivo de revisión que, hasta el momento, se incluía en el *numerus apertus* cubierto por la cláusula de «*cualquier hecho punible ejecutado por un tercero*», del antiguo art. 954.3º LECrim. Resulta un acierto la regulación autónoma y específica de este motivo, con el cual, a modo y manera de lo ya contemplado en el art. 328.4 LPM, se intenta mantener a toda costa lo que en el Derecho anglosajón es conocido como «principio de la integridad del tribunal», permitiendo la revisión en aquellos casos en los que la resolución en que se comete el delito de prevaricación, de no existir, habría permitido un fallo distinto.[9]

Si un error judicial, en sentido amplio, representa una aberración para la justicia, doblemente aberrante se nos presenta una condena impuesta por una actuación indebida de aquellos que han de contribuir a la impartición de justicia con plenas garantías. Es menester señalar aquí, además, que al igual que el motivo descrito en el apartado a), éste de la prevaricación también exige su declaración previa mediante sentencia judicial firme; en el bien entendido que, de no haber adquirido firmeza, esa sentencia en la que se declare este extremo, podría ser revocada, llevando al traste, en consecuencia, todo el proceso de revisión posterior. No obstante, en relación a este mismo motivo de revisión, que puede constatarse en cualquiera de las dos instancias, no será suficiente con individualizar una sentencia condenatoria por prevaricación, sino que, al

8. Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Uned, Colección Grado, Castillo de Luna Editores, Madrid, 2015, pág. 654.

9. Gómez Colomer, J.L. «Los efectos del proceso», *en Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, obr. cit,* pág. 512.

mismo tiempo, también será necesario demostrar la existencia de un «juicio de relevancia» entre la prevaricación y la sentencia de condena, de tal forma que la primera haya influido en el dictado de la sentencia objeto de revisión.[10]

De igual forma, la letra c) del art. 954.1 LECrim. permite la revisión de la sentencia firme «*cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes*»; derivado de las antiguas sentencias contradictorias por duplicidad, que venían reconocidas jurisprudencialmente dentro del antiguo art. 954.4º LECrim. Este motivo, relativo a la duplicidad de sentencias, viene a representar una de las repetidas reivindicaciones de aquellos juristas que, durante décadas, han abogado por una reforma de la Ley que contemplara, de forma expresa, aquellos motivos que engrosaban el cajón de sastre del anterior art. 954.4º LECrim.; y cuyo elemento principal viene dado por el conocimiento de dos sentencias impuestas al mismo sujeto, por unos mismos hechos; y con independencia del sentido de la condena (es decir, tanto si ambos fallos son condenatorios, como si uno es condenatorio y el otro absolutorio).

Entre ambas sentencias firmes, que deberán ser penales, debe apreciarse tanto una identidad objetiva como subjetiva. Desde el punto de vista objetivo, esto es, la identidad del hecho, éste debe entenderse desde una perspectiva «histórica», pero teniendo presente, en todo caso, que tratándose de concursos ideales deberá atenderse a la naturaleza del bien jurídico, prosperando la revisión cuando fueren homogéneos.[11]

En cuarto lugar, también podrá solicitarse la revisión de las sentencias firmes cuando, como así dispone la letra d) del art. 954.1 LECrim. «*después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave*». Este motivo, a través del cual se canalizan la mayor parte de los intentos de revisión de la sentencia firme en el proceso penal, supone una nueva versión del hasta ahora contemplado en el número 4 del art. 954 LECrim. (*«Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado»)*.

Su efectividad se relaciona, como es lógico, con la concurrencia de nuevos hechos o elementos de prueba desconocidos en el proceso «a quo» y que ponen de evidencia la inocencia del condenado. En términos generales, el caso de revisión aquí descrito responde a la necesidad de contar con un motivo abierto,

---

10. Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal, obr., cit.,* pág. 655.

11. Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal, obr., cit.,* pág. 655.

en el cual tengan cabida todas aquellas causas que puedan servir para justificar la apertura de un proceso de revisión, pero que no se encuentran reguladas en los otros motivos específicos previstos en la Ley (v.g. la aparición de una prueba documental desconocida durante el proceso originario). Posiblemente, lo más llamativo sobre este motivo sea el hecho que el legislador haya optado por extraer algunos de los motivos más importantes, cuyo reconocimiento quedaba supeditado a esta cláusula abierta, representada por cualesquiera *«hechos o elementos de prueba»* sobrevenidos tras la sentencia de condena; para incluir otros, cuyo reconocimiento venía expresamente previsto en la anterior redacción del art. 954 LECrim. (como es el caso del motivo basado en la supervivencia de la víctima, del antiguo art. 954.2º LECrim.); y que han sido suprimidos, fundamentalmente, por ser considerados de extrema excepcionalidad. Este motivo supone que los hechos o medios de prueba que fundan la revisión, como ha señalado Gómez Colomer, tienen que haber sobrevenido o revelarse después de la sentencia de condena, siendo como consecuencia de ello evidente la inocencia del condenado o una condena menos grave.[12]

Finalmente, la última letra del apartado primero del art. 954 LECrim. (letra e), contempla la posibilidad de solicitar la revisión de la sentencia firme en aquellos casos en los que *«resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal».* Como es fácil observar, estamos en presencia de un motivo de revisión basado en una prejudicialidad contradictoria, que viene referido a las cuestiones prejudiciales no devolutivas.[13]

La inclusión de este motivo entre las causas de revisión del art. 954 LECrim., viene derivada de la cláusula abierta del antiguo apartado 4º de este mismo precepto («*Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado*»). En esencia, este motivo formaba parte de la relación de casos no recogidos de forma expresa en la Ley, pero que eran contemplados como «*hechos nuevos o nuevos elementos de prueba*», de naturaleza jurídico-material (como era también el caso de las Sentencias del TEDH). Estamos en presencia de un motivo de revisión que viene referido a aquellos supuestos en los que el órgano jurisdiccional penal, para integrar la conducta penal, haya conocido incidentalmente de una cuestión prejudicial

12. Gómez Colomer, J.L. «*Los efectos del proceso», en Derecho Jurisdiccional III, El Proceso Penal, obr., cit.,* pág. 512.

13. Para un estudio pormenorizado de la prejudicialidad, véanse, por todos, Pérez Gordo, A. *La prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1982; Valle Muñoz, F.A. *La prejudicialidad penal en el proceso de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; y Vallespín Pérez, D. *La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal*, Cims, Barcelona, 2007.

devolutiva que debió haber sido deferida en su conocimiento a la jurisdicción competente (administrativa, civil o social), la cual estima dicha cuestión prejudicial, posteriormente, en sentido inverso, con contradicción de la valoración realizada por el órgano judicial penal.[14]

El motivo que aquí se nos presenta está basado en la existencia de una sentencia que es utilizada para revocar otra, perteneciente a otra jurisdicción, y que constituyó en sí misma el fundamento de la sentencia firme condenatoria, debiendo constar así en la relación de hechos probados de la misma. En consecuencia, al revocarse la sentencia que resolvía la cuestión prejudicial, también tiene sentido la revocación de la sentencia firme penal. Del mismo modo que ha venido sucediendo con el motivo recogido en el art. 954.1.c) LECrim., los casos de contradicción entre sentencias representan uno de los motivos más frecuentes de revisión; lo que nos lleva a considerar que, posiblemente, sea éste el motivo que ha llevado al legislador a prever su regulación, con apoyo en su previo reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, entre el abanico de supuestos ahora contemplados en el art. 954 LECrim.

3. El motivo de revisión del art. 954.2 LECrim

Este motivo de revisión, como es lógico, está en relación al procedimiento de decomiso autónomo regulado, con motivo de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el nuevo art. 803, ter. Según este precepto, podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo, la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el art. 803, ter p (relativo a los efectos de la sentencia de decomiso. Este procedimiento será aplicable bien cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación, o bien en aquellos casos en los que se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio. Y en el caso de reserva de la acción por el fiscal, el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado, ya hubiere concluido con sentencia firme.[15]

---

14. Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal, obr., cit.,* pág. 656; y Gómez Colomer, J.L. «*Los efectos del proceso», en Derecho Jurisdiccional III, El Proceso Penal, obr., cit.,* pág. 513.

15. En este punto cabe reseñar que la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, exige a los Estados miembros articular cauces para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras del decomiso. Por ello, precisamente, se regula el proceso de decomiso autónomo, que permite la privación de

En orden a la revisión de la sentencia firme, cabe señalar que en atención a lo dispuesto en art. 803 ter r) LECrim. le serán aplicables a este procedimiento las normas reguladoras de la revisión, entre las que cabe mencionar el art. 954 LECrim., que con motivo de la reforma de 2015 ha incorporado en su apartado segundo, como motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo, «*la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte*». Se contempla así el supuesto en que se haya dictado, en el procedimiento de decomiso autónomo, un fallo civil condenatorio (vg. la disposición del decomiso de los bienes de un tercero), y ello se hubiere fundado en unos hechos que, más tarde, el órgano judicial penal no haya declarado como probados (vg. la sentencia penal declara la improcedencia del decomiso de los bienes del tercero).[16]

4. El motivo de revisión del art. 954.3 LECrim

Centraremos nuestra exposición, por su novedad, en el nuevo apartado tercero del art. 954 LECrim., relativo a la revisión de la sentencia firme basada en la violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: «*Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión*».

Este motivo de revisión, ya sugerido al legislador por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 245/1991, de 16 de diciembre,[17] y que ya fue adoptado por

---

la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado. Este procedimiento, que responde a la necesidad de equilibrar la agilidad que le es propia y las garantías de las personas demandadas, se remite al juicio verbal de la LEC, pero con inclusión de especialidades propias en su articulado y con la incorporación de un sistema de recursos basado en el procedimiento abreviado. Y, como es lógico, solo puede entenderse en el contexto paralelo de las modificaciones que introduce la reforma del Código Penal en relación al decomiso (Punto III de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015). Sobre la nueva regulación del juicio verbal, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 42/2015, véase, por todos: Vallespín Pérez, D. «*Novetats en la Llei d'Enjudiciamient Civil*», Revista Món Jurídic. Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, nº 301, octubre de 2015, págs. 12-14; y «*Análisis constitucional del juicio verbal previsto en la Ley 42/2015, de 5 de octubre de 2015, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*», Revista Práctica de Tribunales, nº 117, 2015.

16. Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal, obr., cit.,* pág. 656.

17. STC 245/1991, de 16 de diciembre: «*Es cierto que una adecuada coordinación de la obligación internacional asumida por el Estado y del marco constitucional interno que tutela rigurosamente la efectividad de los derechos fundamentales debería venir acompañada de medidas procesales adecuadas, en la línea sugerida por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia aquí impugnada. En este sentido, para coordinar adecuadamente la tutela del derecho*

el Tribunal Supremo, por su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 21 de octubre de 2014,[18] plasmado en el ATS de 5 de noviembre de 2014[19] y en el más reciente ATS de 10 de marzo de 2015,[20] (en el Caso Vilanova, alcalde de Villarreal), permitirá plantear la revisión de la sentencia firme, en el plazo de un año contado desde la firmeza de la sentencia del TEDH, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por quien, mediante un recurso individual ante el TEDH, haya obtenido el reconocimiento de su derecho previsto en el CEDH y sus Protocolos suscritos por España.[21]

---

reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder Legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen».

18. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del TS (art. 264.1 LOPJ), de 21 de octubre de 2014, sobre la viabilidad del recurso de revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida, establece que: «*En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim., cumple este cometido*».

19. ATS - Sala de lo Penal, Sección 1ª - de 5 de noviembre de 2014, RJ\2014\273832: «*En esta nueva situación derivada tanto de la doctrina del Tribunal Constitucional citada STC 240/2005, como por la ratificación por parte de España del Protocolo nº 14 de la Convención Europea, que obliga a dar efectividad a la sentencia del TEDH en favor del solicitante de la revisión, y ante la constatación de la inexistencia de cauce procesal en la Ley para la ejecutividad de dicha sentencia y con la finalidad de tomar una decisión general que ofrezca seguridad jurídica lo que compete a esta Sala como último intérprete de la legalidad ordinaria penal, se reunió el Pleno no Jurisdiccional de la Sala para abordar esta cuestión y se adoptó por unanimidad el siguiente Acuerdo: «… En tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim., cumple este cometido…». En consecuencia habiendo sido declarado por el TEDH en su sentencia de 27 de Noviembre de 2012, que obra en el expediente que existió violación del art. 6-1º del Convenio Europeo, esta sentencia constituye un hecho nuevo que afectando a la inocencia del solicitante justifica la apertura del recurso de revisión tal y como se solicita.*»

20. ATS - Sala de lo Penal, Sección 1ª - de 10 de marzo de 2015, RJ\2015\93155: «*SEGUNDO.- (…) En lo que se refiere a los efectos de las sentencias dictadas por el TEDH en las que se condena a España por vulneración de derechos reconocidos en el Convenio, el Tribunal Constitucional ya había indicado que ante una violación de un derecho reconocido en el Convenio Europeo, que suponga, a su vez, una violación de un derecho fundamental reconocido en la Constitución han de adoptarse las medidas que sean necesarias para corregir y reparar dicha violación. Sobre esta cuestión, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala adoptó por unanimidad el siguiente Acuerdo: «… En tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim., cumple este cometido…». TERCERO.- El artículo 954.4º de la LECrim. exige que los nuevos elementos de prueba evidencien la inocencia del condenado. La posibilidad de reconocer los efectos que sean procedentes a las sentencias del TEDH que establecen que la condena se ha producido con vulneración de uno de los derechos reconocidos en el Convenio, ha sido reconocida últimamente por esta Sala y concretamente en relación con este mismo asunto, aunque en relación con otro coacusado, también condenado en casación tras su absolución en la instancia, en el Auto de 5 de noviembre de 2014, cuyo contenido se reitera y se da por reproducido*».

21. Bellido Penadés, R. «Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim. de 2015», Diario La Ley, nº 8526, 2015, pág. 2.

Hasta la fecha la dicción literal del art. 954 LECrim. omitía cualquier pronunciamiento expreso sobre la revisión basada en la violación de derechos reconocidos en el CEDH. De hecho, desde la perspectiva de la revisión, estas sentencias carecerían de ejecutoriedad y efecto anulatorio por sí mismas, de tal forma que su aplicación como «submotivo» de revisión se circunscribía a una interpretación por analogía del tradicional motivo del art. 954.4º LECrim.: «*cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien las inocencia del condenado*». En consecuencia, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaraba que una resolución había sido dictada en violación de alguno de los derechos fundamentales consagrados en el CEDH, la eficacia de dicha declaración venía dada, simplemente, por su reconocimiento como hecho o prueba de nuevo conocimiento en un proceso de revisión.[22]

Esta problemática que ha venido rodeando a la presencia de las sentencias del TEDH en sede de revisión derivó, asimismo, en un notable debate doctrinal sobre la cuestión. Así, mientras un sector de la doctrina siempre ha abogado por defender el reconocimiento de las sentencias del TEDH, como «*hechos nuevos o nuevos elementos de prueba*», susceptibles de ejecución directa en nuestro ordenamiento jurídico a través del tradicional motivo cuarto del art. 954 LECrim.; otros autores, por el contrario, siempre han mostrado su oposición a que las sentencias dictadas por Tribunales internacionales puedan llegar a alcanzar eficacia interna, con apoyo en este tradicional motivo de nuestra revisión, a través de la institución de la revisión de la sentencia firme.

Con el panorama descrito, distintas opciones se le presentaban a nuestro legislador procesal penal de 2015: la primera, haber defendido la necesidad de constituir una suerte de Protocolo o procedimiento para la ejecución de sentencias dictadas por el TEDH; la segunda, crear un procedimiento semejante al reconocido en el art. 793 LECrim., para la interposición del recurso de anulación en sentencias dictadas en ausencia del condenado; y la tercera, utilizar la revisión como cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el TEDH.

Llegados a este punto, es obligado señalar que nuestro legislador de 2015 ha optado por reconocer, en el art. 954.3 LECrim., a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como motivo de revisión.[23] Y este mismo apartado tercero, derivado de la reforma por la Ley 41/2015, en su segundo párrafo

---

22. Vernengo Pellejero, N.C. *La revisión de la sentencia firme en el proceso penal*, Editorial Juruá, Lisboa, (inédito, en prensa para su publicación).

23. En relación a este tema y los diferentes posicionamientos doctrinales enfrentados en orden a su análisis, véase, por todos: Bujosa Vadell, L. *Las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 160 y ss.

introduce un límite temporal en orden a instar la revisión cuando el motivo alegado sea una sentencia firme del TEDH, pues en este caso la solicitud de revisión deberá formularse en el plazo de un año desde que haya adquirido firmeza la sentencia del referido Tribunal. El hecho de haber incluido un plazo para la solicitud de la revisión, en este supuesto, puede responder a la necesidad de velar, en alguna medida, por el principio de seguridad jurídica que comporta siempre la firmeza de la sentencia.

De igual forma, junto a este factor temporal, nuestro legislador de 2015 también ha precisado, de una parte, que la violación de los derechos reconocidos en el CEDH en relación a la sentencia susceptible de ser revisada, debe tener efectos persistentes que, por su intensidad y naturaleza, no puedan remitir por otro medio que no sea la revisión de la sentencia firme;[24] y, de otra, que la revisión, en este supuesto, solo podrá ser solicitada por el sujeto que ostentó la posición de demandante ante el TEDH,[25] lo que impide, en consecuencia, que la revisión pueda ser instada, indistintamente, por cualquiera de los sujetos legitimados a los que hacen referencia, respectivamente, los artículos 955 (*«el penado y cuando éste haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable»)*, 956 (*«El Ministerio de Gracia y Justicia, previa formación de expediente, podrá ordenar al Fiscal del Tribunal Supremo que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiese fundamento bastante para ello»)* y 961 (*«El Fiscal General del Estado podrá también interponer el recurso siempre que tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y que, a su juicio, haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que haya practicado»*),[26] todos ellos relativos al procedimiento (que tampoco han sufrido modificación alguna, con motivo de la Ley 41/2015, en lo relativo a competencia, resoluciones y efectos).

---

24. Así, por ejemplo, si se hubiere condenado a España por haber cometido una tortura o trato inhumano o por haber infringido el derecho a la libertad, y el preso ya hubiere cumplido su condena, no será viable este motivo de revisión, sin perjuicio que pueda ejercitarse una pretensión de resarcimiento por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal,* obr, cit, pág. 657).

25. Bellido Penadés, R. «*Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim. de 2015*», *obr. cit*, pág. 2.

26. Como bien ha señalado Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, *obr.*, *cit.*, págs. 657-658: «*Este restrictivo precepto cierra las puertas a una extensión de los efectos de la Sentencia del TEDH a los litisconsortes inactivos, lo que puede suponer una vulneración de la regla procesal civil, conforme a la cual «los litisconsortes activos o diligentes en el proceso benefician a los inactivos», con la agravante de que, en el proceso penal puede conculcarse el derecho fundamental a la libertad de quienes no acudieron al TEDH (piénsese, por ejemplo, en la subjetiva extensión de los efectos de la doctrina Parot) y, en cualquier caso, del valor justicia. Por ello, si el TS rechazara, a los litisconsortes inactivos, su revisión, bien podrían recurrir el auto de inadmisión en amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad y, en su caso, del de libertad*».

El procedimiento de decomiso autónomo

Manuel Cachón Cadenas
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Nota introductoria. 2. Ámbito de aplicación del procedimiento de decomiso autónomo. 3. Naturaleza jurídica. 4. Competencia. 5. Partes procesales. 6. Procedimiento. 7. Cosa juzgada. 8. Ejecución de la sentencia.

1. Nota introductoria

Pongo ahora por escrito, con pequeñas modificaciones, el contenido de mi intervención en las Jornadas que, en homenaje a la memoria del querido profesor y maestro de juristas Manuel Serra Domínguez, se celebraron en la Universidad de Barcelona los días 26 y 27 de noviembre de 2015. Estas notas no pasan de ser un breve apunte introductorio sobre el nuevo procedimiento de decomiso autónomo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr).

2. Ámbito de aplicación del procedimiento de decomiso autónomo

La Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, modificó y amplió las disposiciones de la Decisión Marco 2001/500/JAI de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, y de la Decisión Marco 2005/212/JAI de 24 de febrero relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. La citada Directiva 2014/42/UE ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modificó los arts. 127 y 129 del Código Penal (desde ahora, CP) e introdujo en este Código nuevas normas con-

cernientes al decomiso, entre ellas los siguientes artículos: 127 bis, 127 ter, 127 quater, 127 quinquies, 127 sexies, 127 septies, 127 octies y 129 bis.

La nueva regulación del decomiso ha ampliado notablemente el alcance y el ámbito de aplicación de esta figura.

Los dos primeros apartados del art. 127 del CP se ocupan de la imposición del decomiso en los casos de delitos dolosos o imprudentes, respectivamente:

> «1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.
> 2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar».

El apartado 3º del propio art. 127 del CP regula el decomiso por sustitución:

> «Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición».

Por su parte, el art. 127 bis del CP establece:

> «1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:
> a) Delitos de trata de seres humanos.
> b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
> c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
> d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
> e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.
> f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
> g) Delitos de corrupción en los negocios.
> h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.

> i) Delitos de blanqueo de capitales.
> j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
> k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
> l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
> m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
> n) Delitos de falsificación de moneda.
> o) Delitos de cohecho.
> p) Delitos de malversación.
> q) Delitos de terrorismo.
> r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
> 2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:
> 1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
> 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.
> 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.
> 3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.
> 4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.
> 5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada».

A nuestros efectos, interesa poner de relieve que, ya antes de la reforma mencionada, el art. 127.4 del CP admitía la posibilidad de acordar el decomiso aunque no mediara imposición de pena:

> «El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita».

Lo que hace el nuevo art. 127 ter CP es corroborar y especificar esa posibilidad en los siguientes términos:

> «1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita

> quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:
> a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
> b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
> c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.
> 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal».

Ha sido la Ley 41/2015, de 5 de octubre, la que ha introducido en la LECr la regulación de un nuevo procedimiento, denominado procedimiento de decomiso autónomo, en el que cabe decretar el decomiso en casos en que no se haya dictado sentencia penal de condena. En concreto, la Ley 41/2015 ha regulado el procedimiento de decomiso autónomo en una serie de nuevos artículos incorporados a la LECr: los que van desde el art. 803 ter e) hasta el art. 803 ter u), ambos inclusive. Además, esta nueva regulación admite también la posibilidad de acordar el decomiso en el referido procedimiento autónomo cuando, en un proceso penal previo, el Ministerio Fiscal se hubiera reservado expresamente para este procedimiento autónomo la determinación de los bienes que deban ser objeto del decomiso. Así pues, el procedimiento de decomiso autónomo podrá ser utilizado para decretar el decomiso, no sólo en los casos previstos en el art. 127 ter CP (es decir, casos en los que no hay sentencia penal condenatoria), sino también en supuestos en los que, a pesar de haberse dictado sentencia penal de condena, no hubiera sido especificado el objeto de decomiso en dicha sentencia.

El art. 803 ter e) LECr se encarga de delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento de decomiso autónomo:

> «1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p.
> 2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos:
> a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.
> b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.

> 3. En el caso de reserva de la acción por el fiscal, el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme».

Por lo tanto, son dos los supuestos que menciona expresamente la norma citada:

a) En primer lugar, los casos en los que ha precedido previamente la tramitación de un proceso penal en el cual el Ministerio Fiscal, al formular el escrito de acusación (de calificación provisional en el proceso por delitos más graves), se hubiera limitado a pedir el decomiso, pero reservando para el posterior procedimiento autónomo la imposición de esta medida y la consiguiente determinación de los bienes que deban ser decomisados. En estos casos de reserva de la acción de decomiso por parte del Ministerio Fiscal, el apartado 21 del art. 803 ter e) de la LECr impide iniciar al procedimiento de decomiso autónomo mientras el proceso penal en el que se ha producido aquella reserva no haya terminado mediante sentencia firme.
b) El otro supuesto contemplado por el art. 803 ter e) de la LECr tiene lugar cuando el posible autor del delito no puede ser condenado penalmente por haber fallecido, o en el caso de que se haya iniciado un proceso penal, pero éste no ha concluido porque el investigado o encausado está en rebeldía o carece de capacidad para comparecer en juicio.

Curiosamente, el art. 803 ter e) de la LECr se olvida de otro supuesto mencionado en el art. 127 ter 1.c) del CP y que, en la práctica, puede ser tanto o más relevante que los dos señalados en la citada norma de la LECr. Me refiero a aquellos casos en lo que se puede decretar el decomiso a pesar de que, como dice el art. 127 ter 1.c) del CP, no se imponga pena al investigado o encausado «por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido».

Esta omisión carece de importancia práctica, dado que la enumeración de supuestos que efectúa el art. 803 ter e) de la LECr es meramente indicativa, y no exhaustiva. En consecuencia, el procedimiento de decomiso autónomo también es aplicable en los supuestos contemplados en el art. 127 ter 1.c) del CP.

3. Naturaleza jurídica

No es fácil determinar si el nuevo procedimiento de decomiso autónomo tiene naturaleza penal o civil. La cuestión es relevante porque, si se trata de un procedimiento civil, bastará aplicar en él las garantías constitucionales de carácter general, es decir, las que resultan aplicables en cualquier proceso, mientras que, si estamos ante un procedimiento penal, también habrá que respetar en

el mismo las garantías constitucionales específicamente aplicables en los procesos penales.

Aunque no resulte posible dar una respuesta segura, lo cierto es que el legislador ha pretendido dotar a este procedimiento de una naturaleza preponderantemente civil. El léxico que utiliza la ley para regular el procedimiento de decomiso autónomo es el correspondiente a un proceso civil, y no a un proceso penal: el proceso se inicia mediante «demanda» (no por denuncia o querella), se habla de «demandados» para referirse a las personas contra las que se dirija el procedimiento, etc. Por otra parte, el cauce procedimental aplicable es el del juicio civil verbal con algunas modificaciones.

Pero también hay algunas previsiones más propias de un proceso penal que de un proceso civil. Por ejemplo, el art. 803 ter i) de la LECr dispone que «serán aplicables a todas las personas cuyos bienes o derechos pudieren verse afectados por el decomiso las normas reguladoras del derecho a la asistencia letrada del encausado previstas en esta ley». A su vez, el art. 803 ter k) de la LECr establece que, «si el encausado declarado rebelde en el proceso suspendido no comparece en el procedimiento de decomiso autónomo, se le nombrará procurador y abogado de oficio, que asumirán su representación y defensa».

4. Competencia

El art. 803 ter f) de la LECr incluye diversas reglas concernientes a la competencia judicial para conocer del procedimiento de decomiso autónomo:

> «Será competente para el conocimiento del procedimiento de decomiso autónomo:
> a) el juez o tribunal que hubiera dictado la sentencia firme,
> b) el juez o tribunal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida, o
> c) el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la misma cuando ésta no se hubiera iniciado, en las circunstancias previstas en el artículo 803 ter e».

Estamos ante un caso de competencia por conexión, es decir, la norma transcrita asigna el conocimiento del procedimiento de decomiso autónomo al órgano judicial que, según los casos, haya conocido del proceso penal correspondiente al delito al que estén vinculados los instrumentos, efectos o ganancias que se trata de decomisar, o al órgano judicial que esté aún conociendo de ese proceso penal, o al que sea competente para conocer de dicho proceso penal cuando éste todavía no se haya iniciado.

Si el proceso penal ha terminado por sentencia firme, dice el art. 803 ter f) de la LECr que la competencia corresponderá al juez o tribunal que «hubiera dic-

tado» esa sentencia. En este punto la ley incurre en una imprecisión. La competencia corresponderá al órgano judicial que dictó la sentencia de primera instancia cuando esta resolución haya quedado firme por no haber sido recurrida. Ahora bien, si la sentencia de primera instancia ha sido objeto de recurso, la competencia para conocer del procedimiento de decomiso autónomo corresponderá, no al órgano que haya dictado la sentencia firme, sino a aquel que haya pronunciado la sentencia de primera instancia. De lo contrario, es decir, si la competencia para conocer del procedimiento de decomiso autónomo se adjudicara en estos casos al órgano judicial que haya dictado la sentencia firme, no sería posible mantener el régimen de recursos que, según el art. 803 ter r de la LECr, es posible interponer contra la sentencia que se dicte en aquel procedimiento.

Si el proceso penal se ha suspendido por estar en rebeldía el investigado, o por incapacidad de éste para comparecer en juicio, la competencia para conocer del procedimiento de decomiso corresponderá al órgano judicial encargado de la instrucción del proceso penal, o al órgano judicial ante el que se estaba desarrollando la fase intermedia de ese proceso, o, en fin, al órgano judicial que se encontraba conociendo del juicio oral, en función de que la suspensión se haya producido, respectivamente, en el curso de la fase de instrucción, en la fase intermedia o durante el juicio oral.

Si el autor del delito hubiera fallecido antes de iniciarse el proceso penal, la competencia para conocer del procedimiento de decomiso autónomo se atribuye al órgano judicial que hubiera sido competente para el enjuiciamiento, esto es, para el conocimiento del juicio oral, correspondiente a ese proceso que no llegó a iniciarse.

La ley no alude expresamente a aquellos casos en que el proceso penal sí se ha iniciado, pero termina anticipadamente, por fallecimiento del investigado o encausado, o por decretarse el sobreseimiento en dicho proceso. Ante esta omisión, se han de aplicar criterios análogos a los previstos en el art. 803 ter f) de la LECr. Si el fallecimiento del investigado o encausado tiene lugar cuando ya se había dictado sentencia de primera instancia, la competencia para conocer del procedimiento de decomiso autónomo corresponderá al órgano judicial que hubiera dictado esa sentencia. En el caso de que el fallecimiento del investigado o encausado se produzca cuando aún no se ha pronunciado la sentencia de primera instancia, la competencia para conocer del procedimiento de decomiso autónomo debe corresponder al órgano judicial que estuviera tramitando el proceso penal al tiempo de ocurrir el fallecimiento. Si el proceso penal termina por sobreseimiento, será competente para conocer del procedimiento de decomiso autónomo el órgano judicial que hubiese dictado el auto de sobreseimiento.

5. Partes procesales

El art. 803 ter h) de la LECr atribuye al Ministerio Fiscal en exclusiva la legitimación activa para ejercitar la acción de decomiso en este nuevo procedimiento. Así pues, incluso en el casos en que se hubiera tramitado previamente, o se estuviera tramitando, un proceso penal, y hubiera habido, o haya, acusadores particulares o populares personados en ese proceso, la acción de decomiso sólo podrá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la legitimación pasiva, no plantea problemas especiales la correspondiente a las personas que figuran o han figurado como investigadas o encausadas en el proceso penal relativo al delito al que se refieren los instrumentos, efectos o ganancias cuyo decomiso se pide.

El encausado que esté en rebeldía será citado a través de su representación procesal en el proceso penal suspendido y mediante la fijación de un edicto en el tablón de anuncios del tribunal (art. 803 ter j). 2 de la LECr). Como ya se ha indicado, en este caso, si el encausado declarado en rebeldía no comparece en el procedimiento de decomiso autónomo, se le nombrará procurador y abogado de oficio, que asumirán su representación y defensa (art. 803 ter k),1 de la LECr).

A su vez, la comparecencia en el procedimiento de decomiso autónomo del encausado con la capacidad modificada judicialmente se regirá por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 803 ter. 2 de la LECr).

La ley también admite la posibilidad de dirigir la acción de decomiso contra terceros, es decir, personas que carecen de la condición de investigados o encausados en aquel proceso penal. Concretamente, el art. 127 quater del CP señala:

> «1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:
> a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
> b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.
> 2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado».

Esta regulación ha sido completada por el art. 803 ter a) de la LECr, que establece:

> «1. El juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia de parte, la intervención en el proceso penal de aquellas personas que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que pueda derivarse razonablemente:
> a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o
> b) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo.
> 2. Se podrá prescindir de la intervención de los terceros afectados en el procedimiento cuando:
> a) no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, o
> b) existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, o que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.
> 3. Contra la resolución por la que el juez declare improcedente la intervención del tercero en el procedimiento podrá interponerse recurso de apelación.
> 4. Si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya hubiera sido acordada.
> 5. En el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416».

6. Procedimiento

La tramitación del procedimiento de decomiso autónomo se ha de ajustar a la prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal, aunque con las especialidades previstas en la LECr (art. 803 ter g) de la LECr).

El apartado 1º del art. 803 ter l) de la LECr regula el contenido que ha de tener la demanda mediante la que se inicie el procedimiento de decomiso autónomo:

> «La demanda de decomiso autónomo se presentará por escrito que expresará en apartados separados y numerados:
> a) Las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios.
> b) El bien o bienes cuyo decomiso se pretende.
> c) El hecho punible y su relación con el bien o bienes.
> d) La calificación penal del hecho punible.
> e) La situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.
> f) El fundamento legal del decomiso.
> g) La proposición de prueba.

> h) La solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede».

A su vez, el apartado 2º del mismo art. 803 ter l) de la LECr especifica las medidas que ha de adoptar el órgano judicial tras la admisión a trámite de la demanda:

> «Admitida la demanda, el órgano competente adoptará las siguientes resoluciones:
> 1.º Acordará o no las medidas cautelares solicitadas.
> 2.º Notificará la demanda de decomiso a las partes pasivamente legitimadas, a quienes otorgará un plazo de veinte días para personarse en el proceso y presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso».

Por lo que se refiere a las medidas cautelares que se pueden acordar en este procedimiento, el apartado 3º del art. 803 ter l) de la LECr remite a las normas generales sobre medidas cautelares que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil:

> «Adoptadas las medidas cautelares, la oposición, modificación o alzamiento de las mismas y la prestación de caución sustitutoria se desarrollará de acuerdo con lo previsto en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sea contradictorio con las normas establecidas en este capítulo».

Una especialidad procesal que prevé la ley es que el demandado dispondrá de veinte días para personarse y contestar a la demanda (art. 803 ter l).2 de la LECr), en vez de los diez días que el art. 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece con carácter general para el juicio verbal. Por otra parte, si el demandado no presenta el escrito de contestación a la demanda en el plazo legalmente previsto al efecto, o desiste de la contestación, el art. 803 ter m) de la LECr atribuye a esa actitud procesal el valor jurídico propio de un allanamiento tácito, al disponer:

> «Si el demandado no interpusiera su escrito de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente a los mismos».

Otra particularidad procesal aplicable en este procedimiento radica en que la prueba ha de ser propuesta por las partes en sus escritos de demanda y contestación a la demanda, y el órgano judicial resolverá mediante auto sobre la admisión o denegación de las pruebas propuestas (arts. 803 ter l) y n de la LECr). Aunque esta resolución no es recurrible, las partes pueden reiterar sus peticiones en la vista del juicio.

El art. 803 ter o) de la LECr fija el contenido de la sentencia que debe dictarse en este procedimiento:

> «1. El juicio se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el juez o tribunal resolverá mediante sentencia en el plazo de 20 días desde su finalización, con alguno de los siguientes pronunciamientos:
> 1.º Estimar la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo de los bienes.
> 2.º Estimar parcialmente la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo por la cantidad que corresponda. En este caso, se dejarán sin efecto las medidas cautelares que hubieran sido acordadas respecto al resto de los bienes.
> 3.º Desestimar la demanda de decomiso y declarar que no procede por concurrir alguno de los motivos de oposición. En este caso, se dejarán sin efecto todas las medidas cautelares que hubieran sido acordadas.
> 2. Cuando la sentencia estime total o parcialmente la demanda de decomiso, identificará a los perjudicados y fijará las indemnizaciones que fueran procedentes».

En realidad, la sentencia que estima la petición de decomiso tiene una naturaleza mixta. Por un lado, es de carácter constitutivo, porque adjudica al Estado la propiedad de los bienes decomisados. Pero, por otra parte, es también condenatoria, porque se ordena al demandado que entregue esos bienes.

En cuanto al pago de las costas, el art. 803 ter o) de la LECr se remite a las normas generales previstas en la propia LECr, y no a las establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sentencia dictada en el procedimiento de decomiso autónomo queda sujeta al régimen de recursos previsto para el procedimiento penal abreviado, siendo posible también la revisión de la sentencia firme, si hay causa para ello (art. 803 ter r) de la LECr).

7. Cosa juzgada

El art. 803 ter p) de la LECr establece el alcance de la cosa juzgada material producida por la sentencia firme dictada en este procedimiento, aunque la norma citada incurre en una clara imprecisión, al referirse a los efectos materiales de la cosa juzgada, en vez de aludir a los efectos de la cosa juzgada material:

> «1. La sentencia desplegará los efectos materiales de la cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción y la causa de pedir planteada, consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes del demandado.
> 2. Más allá del efecto material de la cosa juzgada establecido en el apartado anterior, el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce.

> En el proceso penal posterior contra el encausado, si se produce, no se solicitará ni será objeto de enjuiciamiento el decomiso de bienes sobre el que se haya resuelto con efecto de cosa juzgada en el procedimiento de decomiso autónomo».

Así pues, la sentencia firme producirá el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material en lo concerniente a la acción de decomiso, pero no originará el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada respecto del proceso penal que posteriormente pueda seguirse contra la misma persona.

8. Ejecución de la sentencia

Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4º del art. 803 ter p) de la LECr, «cuando el decomiso se hubiera acordado por un valor determinado, se requerirá a la persona con relación a la cual se hubiera acordado para que proceda al pago de la cantidad correspondiente dentro del plazo que se le determine; o, en otro caso, designe bienes por un valor suficiente sobre los que la orden de decomiso pueda hacerse efectiva».

Si el requerimiento no fuera atendido, el Ministerio Fiscal deberá realizar las actuaciones dirigidas a la ejecución de la sentencia que prevé el art. 803 ter q) de la LECr:

> «1. El Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso.
> Las autoridades y funcionarios de quienes el Ministerio Fiscal recabase su colaboración vendrán obligadas a prestarla bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, salvo que las normas que regulen su actividad dispongan otra cosa o fijen límites o restricciones que deban ser atendidos, en cuyo caso trasladarán al fiscal los motivos de su decisión.
> 2. Cuando el fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al juez o tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.
> 3. Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia».

El apartado 3º del art. 127 octies del CP se refiere al destino que se ha de dar a los bienes decomisados:

> «Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente».

Pero el art. 374 del propio CP prevé una importante excepción para los casos de blanqueo de capitales y tráfico de drogas, al disponer lo siguiente:

> «Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado».

Una pincelada sobre el procedimiento de decomiso autónomo

Just Franco Arias
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una reflexión sobre el decomiso, en general. 3. Entrando ya sobre el proceso especial de decomiso autónomo. 3.1. Sobre el alcance de la intervención del tercero afectado por el decomiso en el proceso penal. 3.2. La primera instancia es un hibrido entre el juicio verbal civil y el proceso penal abreviado, con las dificultades que estas figuras intermedias siempre comportan. 3.3. Los recursos son los propios del proceso penal, provocando un difícil encaje con una primera instancia, que pretende regirse siguiendo el proceso verbal civil 3.4. Los efectos de la declaración del decomiso en el procedimiento autónomo, respecto a un proceso penal posterior.

1. Introducción

Se me ha pedido por la organización de las Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, los días 26 y 27 de noviembre de este año 2015, que resuma mi breve intervención, para incorporarla a una obra a publicar. Cumplo con lo peticionado, a través de las siguientes líneas, con algunas adendas que quedaron en el «tintero» en la exposición oral, debido al poco tiempo dispuesto.

2. Una reflexión sobre el decomiso, en general

Me correspondió abordar, junto a otros ponentes, la cuestión del nuevo procedimiento de decomiso autónomo. Pero antes de entrar en materia, de forma un tanto atrevida, me permito realizar una reflexión general sobre el decomiso o comiso en su conjunto.

Telegráficamente, quiero decir, después de darle un repaso rápido a la reforma de la LECr y el CP en esta materia, con las últimas reformas introducidas por la LO 1/2015 y L 41/2015, que la primera conclusión a la que llego es que los principales problemas o dudas sobre el decomiso, no vienen, sólo, ni principalmente, de la nueva normativa procesal. Están en la regulación sustantiva recogida en el CP y ni tan siquiera, son exclusivos de la última reforma. En buena medida, se arrastran de otras anteriores, que la actual reforma no corrige sino que agrava.

En este sentido, tengo mis dudas de que la extensión del decomiso más allá del estricto delito por el que se ha sido condenado, quede suficientemente cubierto por la consideración de que significa una mera «reclamación de un enriquecimiento injusto», como pretende el legislador (vid. la exposición de motivo, apartado VIII de la LO 1/2015), y sin que esto signifique merma de derechos y garantías, incluso, de orden constitucional.

Con esta reforma, tengo la impresión de que, prácticamente, se permite decomisarlo todo, con o sin sentencia penal de por medio. Es suficiente con que, mínimamente, haya algún indicio que permita «olerse» que los hechos pueden tener alguna vinculación con algunos de la larga lista de delitos que se recogen en el art. 127 CP. Todo, como he dicho, bajo el amparo de que se trata de una especie de reclamación civil del enriquecimiento injusto, y no de una verdadera pena, ni nada similar, que merecería un trato más «delicado».

Dejo la polémica sobre lo justificado de la reforma en lo sustantivo, para los penalistas, civilistas, constitucionalistas. También, deben meter baza los profesores y demás especialistas en derecho internacional y comunitario. No en vano, la reforma que nos ocupa, en buena medida, viene impulsada por la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril (LCEur 2014\716), sobre embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, según señala la propia exposición de motivos de la LO 1/2015.

De todas formas, no puedo sino manifestar mis dudas respecto a que sociedades como las nuestras, con muchos recursos, no tengan otro camino que andar al límite con los derechos fundamentales al regular el decomiso, para que sea efectiva la lucha contra el terrorismo, el crimen organizado y, en general, la larga lista de delitos «beneficiados» con la reforma.

3. Entrando ya sobre el proceso especial de decomiso autónomo

Entramos ya, sin más dilaciones, en el nuevo procedimiento de decomiso autónomo.

No abordaremos cuestiones como la denominación de este proceso especial (o, al menos, con especialidades) o su naturaleza jurídica (procesal penal, procesal civil, u otra), dejando la cuestión para mejor ocasión.

En buena medida, no vemos liberados de estos aspectos de la institución, dado el poco tiempo de que disponemos, y que otros ponentes ya han abordado estas cuestiones dejando muy claras cuales son las principales alternativas y sus pros y contras.

Si no lo he interpretado mal de sus intervenciones, el Prof. Cachon, se inclina por considerarlo un proceso civil y el Prof. Caballol, creo que era más partidario de considerarlo un proceso penal, en ambos casos matizando perfectamente sus posturas, dadas las especiales características de la institución.

Posiblemente, en esta cuestión, tendrá su peso a la hora de inclinar definitivamente la balanza, la propia naturaleza jurídica que se otorgue al decomiso en los sustantivo, según se entienda más cercano a una pena o a una institución civil, análoga, por ejemplo, a la responsabilidad civil derivada de delito, en este caso vinculado a la reparación de un enriquecimiento injusto provocado por el delito. La actual reforma por su trascendencia, puede hacer variar posturas doctrinales, que pudieran parecer asentadas y habrá que esperar un tiempo, para ver como se posiciona la doctrina y la jurisprudencia.

Por mi parte, me limitare a realizar algunas reflexiones sobre algunos de los artículos que regulan el proceso en cuestión.

3.1. Sobre el alcance de la intervención del tercero afectado por el decomiso en el proceso penal

Si se me permite un previo al margen del propio proceso de decomiso autónomo, me gustaría «poner sobre la mesa» la limitación que se recoge en el art. 803 ter b LECr, en relación a la intervención en el proceso penal del tercero afectado por el decomiso (art. 803, ter a LECr).

Su participación, dice la norma, «*vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado*».

No son nuevas las limitaciones a la intervención en el proceso penal de los terceros afectados, no responsables penales (por ejemplo, en materia de responsabilidad civil derivada de delito, por todos, Ramos Mendez, Francisco, «*Enjuicia-*

miento Criminal. Undécima lectura constitucional», Atelier, Barcelona, 2014, pág. 144 o RIFA SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F. Y RICHARD GONZALEZ, M., «*El proceso penal práctico*», La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, págs. 291-292).

Pero, me suscita ciertas dudas, que la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión (art. 24,1 CE) queden totalmente satisfechas, sin permitirles una intervención plena en el proceso.

Si el responsable penal es exculpado, su propia responsabilidad decae. Limitar la posibilidad de intervenir en el objeto penal, es una merma a su capacidad de defensa.

No se trata de abrir la puerta a que cualquiera pueda «meter cucharada» en una parte tan delicada y de interés público indudable, como es la zona estrictamente penal del proceso del mismo nombre y, más, si se trata de la defensa del encausado.

Pero, quizás nos deberíamos plantear, si es asumible, permitir a estos sujetos interesados en todo el devenir del proceso penal, que pudieran intervenir de forma plena.

Por su puesto, en ningún caso, se les debería permitir superar los límites de la buena fe procesal, siempre exigible, y más en estos casos (art. 11.1 y 2 LOPJ).

3.2. La primera instancia es un hibrido entre el juicio verbal civil y el proceso penal abreviado, con las dificultades que estas figuras intermedias siempre comportan

El procedimiento se tramita siguiendo las pautas de un juicio verbal civil, con las especialidades que se recogen en el art. 803.ter.e y ss. LECr (art. 803.ter.g LECr).

¿Es el Juicio Verbal el proceso más adecuado para servir de proceso tipo? Seguramente, no. No lo es, por la envergadura que pueden tener los casos, cuya cuantía puede exceder con frecuencia de los 6.000 €, cuantía máxima prevista como adecuada para este tipo de procesos en el marco civil (art. 250.2 LEC).

Pero, desde la última reforma del juicio verbal, en la que se ha introducido la contestación escrita (art. 438 LEC) y las conclusiones (art. 447.1 LEC), tampoco hay tantas diferencias con el juicio ordinario. Por lo tanto, la crítica que merecería la tramitación por el verbal, se reduce en buena medida.

Además, el arts. 803.ter.e y ss. LECr establece que este procedimiento se tramitará siguiendo lo dispuesto para el juicio verbal en la LEC, pero con las especialidades que para este procedimiento se introducen en la LECr (art. 803.ter.g. LECr).

En el art. 803.ter.m LECr, se introduce la contestación a la demanda por escrito. Por tanto, respeto a este procedimiento especial, se mantendría la contestación a la demanda por escrito, como en el juicio ordinario, aunque el juicio verbal general volviera a la contestación a la demanda oral durante el acto del juicio.

Este juicio verbal, de todas formas, sufre importantes alteraciones respecto a su homónimo civil. En la primera instancia, se convierte en una especie de hibrido entre el proceso civil y el proceso penal.

Así, el art. 803.ter.k LECr, establece que la demanda debe formularse, de manera similar a un escrito de acusación (art. 650 y 781.1 LECr):

> *«La demanda de decomiso autónomo se presentará por escrito que expresará en apartados separados y numerados:*
> *a) Las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios.*
> *b) El bien o bienes cuyo decomiso se pretende.*
> *c) El hecho punible y su relación con el bien o bienes.*
> *d) La calificación penal del hecho punible.*
> *e) La situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.*
> *f) El fundamento legal del decomiso.*
> *g) La proposición de prueba.*
> *h) La solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede».*

La contestación a la demanda se deberá instrumentar en función de la demanda, es decir, en forma similar a un escrito de defensa (art. 803.ter.m.1 LECr).

Una vez contestada la demanda, el Tribunal, al tiempo de fijar la vista, acordará sobre la admisión de las pruebas (art. 803.ter.n LECr). La prueba, no se propone y resuelve en el juicio, como ocurre, como regla general, en el verbal civil. Se quiere asemejar, también, a lo dispuesto en el art. 785.1 LECr para el procedimiento abreviado.

De forma análoga a lo dispuesto por el art. 785.1 LECr para el procedimiento abreviado, frente a esta resolución no cabe recurso, sin perjuicio de poder reiterar la solicitud de pruebas denegadas en el juicio.

Hubiera sido mejor, permitir, al menos, un recurso ante el propio Tribunal y sin efecto suspensivo, para dejar esclarecida la cuestión antes del juicio.

En el orden civil, la regla general es que, frente a las resoluciones interlocutorias, siempre cabe al menos el recurso de reposición, a fin de depurar rápidamente posibles errores. Hubiera sido conveniente, una solución parecida en este procedimiento.

El plazo entre esta resolución y la vista, si se siguen los parámetros ordinarios que rigen en la práctica de nuestros tribunales, hubiera sido más que suficiente para resolver el recurso.

Se hubiera ganado tiempo, evitando una posible suspensión de la vista, si, finalmente, se tuviera que admitir alguna prueba, que requiriera preparación para su práctica (por ejemplo, la citación de un testigo).

Otra de las peculiaridades del procedimiento, es que si no se produce la personación o, habiéndose dado esta, no se contesta a la demanda, se considera que se da conformidad con la reclamación y se dicta sentencia estimatoria (art. 803.ter.m.2 LECr). En este caso, el efecto es análogo al monitorio civil.

A tenor de la complejidad de la materia y de las dudas que suscita la propia regulación del decomiso, hubiera sido preferible, aplicar el régimen general de los procesos civiles (arts. 216 y 217 LEC). No debería estimar la demanda, pese a la pasividad del demandado, si el actor no acredita suficientemente que concurren las condiciones necesarias para el decomiso.

Seguramente, la medida tampoco tendrá mayor trascendencia práctica. A los demandados se les aplican las normas reguladoras del derecho a la asistencia letrada del encausado previstas en la LECr (art. 803.ter.i y 118 LECr). Si por cualquier razón no comparece, se le designará un letrado que defenderá sus intereses.

Es más que previsible, que dada las consecuencias de no contestar a la demanda, serán poco los casos, en que, sin expresa conformidad de demandado, deje de hacerlo, incluso en los casos en que no pueda ponerse en contacto con él, por estar en una situación de rebeldía, que previamente, ha impedido continuar con el proceso penal.

Aunque, no creo que sea la voluntad del legislador limitarlo, puede surgir alguna duda sobre si se debe estimar la demanda en todo caso de incomparecencia del demandado o, sólo, si se ha personado y decide no contestar a la demanda.

La duda surge de la literalidad del art. 803.ter.m.2 LECr que sólo se refiere a la falta de contestación a la demanda: «*Si el demandado no interpusiera su escri-*

to de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente a los mismos.»

A favor de esta línea, se podría aducir, también, los arts. 803.ter.d y 803.ter.s LECr. El último de los citados, regula la incomparecencia del encausado rebelde y del tercero afectado en el procedimiento de decomiso autónomo. No se remite al 803.ter.m.2 LECr, que regula la conformidad con la demanda respecto al que no presenta escrito de contestación. Se remite al 803.ter.d LECr, que establece la situación en la que queda el tercero afectado por el decomiso que no comparece en proceso penal.

Esta última norma, señala que el tercero afectado que fue citado de conformidad, será declarado en rebeldía, con los efectos previstos en las normas establecidas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Civil (notificaciones, recursos, rescisión de sentencias firmes a instancia del rebelde, etc.).

Como hemos dicho, ¿significa esta remisión, que, todo demandado o al menos, en caso de tercero afectado, sólo se puede considerar conforme con la demanda, si se persona y no contesta?

Seguramente, no será esta la interpretación mayoritaria. Se entenderá que lo dispuesto en el art. 803.ter.m.2 LECr es una especialidad al régimen general de la rebeldía civil.

Pero, lo que si muestra este ejemplo, es que no son convenientes las remisiones normativas, en materia complejas como la presente. Especialmente, si pueden contribuir a dificultar la interpretación, como es el caso.

Con la actual redacción del decomiso, «andamos en el filo de la navaja», en cuanto a la tutela judicial efectiva y, posiblemente respecto a otros derechos fundamentales. Es exigible la mayor claridad posible en toda la regulación.

Otro ejemplo, de la falta de precisión reguladora, se produce en el art. 803. ter.u LECr:

> *«El Ministerio Fiscal podrá solicitar al juez o tribunal que dicte una nueva orden de decomiso, cuando:*
> *a) se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el procedimiento de decomiso, y*
> *b) no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos.»*

Supongo que hay que entender, que habrá que formular una nueva demanda y no una mera petición de ampliación de la ejecución. En especial, debe ser así, cuando se trate de la ejecución de un procedimiento de decomiso autónomo, si se pretende garantizar el derecho de defensa del demandado. En todo caso, de no interpretarse de esta forma, habrá que dar vista de alguna forma al demandado, para que pueda defenderse, si no se quiere vulnerar gravemente el art. 24.1 CE.

En la misma línea, NIEVA FENOLL, Jordi, «*El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios*», Diario La Ley, Nº 8601, Sección Doctrina, 9 de Septiembre de 2015, Ref. D-322, La Ley 5168/2015, págs. 6 y 7, señala que los mecanismos de investigación puesto a disposición del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución, por el art. 803.ter.q, no pueden dar lugar a una ampliación encubierta del objeto de la sentencia, extendiendo el decomiso, más allá de los hechos enjuiciados y bienes concretos declarados decomisados.

Puestos a pedir claridad y sistemática, el encaje de la nueva regulación del decomiso en la LECr no es un buen ejemplo. Todo se regula en el 803.ter, tanto la intervención de los terceros afectados por el decomiso en el proceso penal, como el nuevo procedimiento de decomiso autónomo. Este artículo tiene, además, la peculiaridad de que una misma norma se desarrolla en dos capítulos distintos de la ley (Capítulo I y Capítulo II del Título III ter). Para separar sus apartados se acude a letras y, prácticamente, se agota el abecedario, lo que, tampoco, ayuda al lector.

3.3. Los recursos son los propios del proceso penal, provocando un difícil encaje con una primera instancia, que pretende regirse siguiendo el proceso verbal civil

En materia de recursos, la balanza se decanta claramente hacia el proceso penal. El art. 803.ter.r.1 LECr señala al respecto: «*Son aplicables en el procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras de los recursos aplicables al proceso penal abreviado*.»

Todo es discutible en un proceso tan especial como el presente. Pero, ya que se utiliza un proceso civil como referencia de la primera instancia, es decir, el juicio verbal, hubiera sido mejor mantenerse en el proceso civil, también, en materia de recursos.

No hubiera habido merma de tutela, si se hubieran aplicado las normas del proceso civil. Aumentaría la coherencia de la institución, cuando, además, se pretende fundar en la figura del enriquecimiento injusto. Reduciría las dudas que

pueden surgir al aplicar a un proceso civil como el verbal, un sistema de recursos pensado para un determinado proceso penal, con el que poco tienen que ver.

Así, por ejemplo, pasando a lo concreto, nos podemos preguntar, si es de aplicación lo dispuesto en el art. 790.2 LECr, respecto a la apelación de la sentencia, cuando establece: «*Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.*»

O su correlativo, previsto en el art. 792.2 LECr, que señala: «*La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.*»

Sorprendería que pudiera llevarse el decomiso tan lejos como hace su actual regulación y que luego, pudiera verse limitada de esta forma la apelación, si la sentencia de instancia es desestimatoria de la demanda.

Seguramente, de nuevo entrará en juego la polémica cuestión de la naturaleza jurídica del decomiso y del propio proceso autónomo en que se ejercita, con los problemas que ello puede comportar.

Como muestra de las diversas opiniones que pueden surgir, Nieva Fenoll, Jordi, «*El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios*», Diario La Ley, Nº 8601, Sección Doctrina, 9 de Septiembre de 2015, Ref. D-322, LA LEY 5168/2015, págs. 7 y 8, considera respecto al reo que el decomiso es un efecto del delito y el proceso es penal. Sostiene la necesidad de respetar la presunción de inocencia respecto al responsable penal en el desarrollo del proceso de decomiso. En cambio, respecto a los terceros no responsables penalmente, el proceso de decomiso autónomo seguiría siendo penal, pero, estaríamos ante la nulidad de un negocio civil con causa ilícita, que no quedaría sometido a la presunción de inocencia, ni a las demás restricciones propias del régimen penal, sino a los criterios del derecho privado.

Otro ejemplo, de los inconvenientes que presenta trasladar los recursos penales al procedimiento de decomiso autónomo, la encontramos en el art. 766 LECr. Sólo contempla el recurso frente a Autos, cuando el tribunal competente sea un Juzgado de lo Penal.

En el ámbito penal, se presentan dudas cuando la resolución a impugnar es una Providencia. Respecto a estas resoluciones interlocutorias, de ordinario no se admite recurso, si son de mero trámite, y si, las que por su contenido hubieran debido acoger la forma de Auto. Respecto a estas últimas, se les aplica el mismo régimen que a los Autos (apelación o reforma y subsidiaria apelación).

Lo mismo, sucederá en el procedimiento de decomiso autónomo, cuando el juzgado competente (art. 803.ter.f LECr) sea un Juzgado de lo Penal, como se ha dicho.

Se puede argumentar que tiene poca relevancia la falta de recurso respecto a las Providencias de mero trámite. Pero, este sistema provoca que en última instancia la decisión sobre si es o no de mero trámite y, en consecuencia, si cabe o no recurso, quede en manos del Tribunal.

No ayuda a la seguridad jurídica y a la debida tutela judicial efectiva y garantía de que no se produzcan arbitrariedades, con su consecuente situación de indefensión (art. 24,1 CE).

En el proceso civil no cabe duda de que frente a las Providencias, como regla general, cabe recurso de reposición (art. 451.1 LEC). Es un sistema más claro y garantista.

Por el otro lado, el art. 766 LECr abre la puerta a una posible apelación directa (si se desea, previo recurso de reforma), en el caso de los Autos dictados por Juzgados de lo Penal.

El traslado de este régimen al proceso de decomiso, cuando sea competente un Juzgado de lo Penal, amplía el acceso directo a la segunda instancia respecto a resoluciones interlocutorias, respecto al régimen ordinario de recursos utilizables en el juicio verbal civil.

En el proceso civil, el acceso a un tribunal superior queda limitada, en general, a los Autos que ponen fin al proceso (art. 455.1 LEC).

En el proceso de decomiso autónomo, se pueden producir los problemas de apelaciones paralelas a la tramitación de la pieza principal en la instancia, que, en buena medida, llevo a la actual regulación de los recursos en el proceso civil.

En definitiva, el sistema de recursos del proceso penal no es todo lo claro, sencillo y sistemático, que sería deseable. Sobre el particular, por todos, nos remitimos a lo expuesto por RAMOS MENDEZ, Francisco, «*Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional*», Atelier, Barcelona, 2014, págs.434 y 435. Por ello, y porque se trata de aplicarlos en un proceso de origen civil, el acierto de la solución adoptada, en cuanto a los recursos, es otro aspecto discutible del nuevo proceso de decomiso autónomo.

3.4. Los efectos de la declaración del decomiso en el procedimiento autónomo, respecto a un proceso penal posterior

Un último apunte que quiero realizar, se refiere a los efectos de la sentencia de decomiso.

Al legislador se le ha planteado la cuestión de hasta dónde puede llegar la cosa juzgada del procedimiento de decomiso autónomo, respecto a un procedimiento penal posterior.

Es un caso que se puede producir con una cierta frecuencia. Una de los supuestos en que está previsto acudir a este procedimiento, es cuando no se pueda seguir adelante el proceso penal por estar el acusado en rebeldía.

En el texto normativo, se intenta desvincular en lo posible ambos procesos, para evitar posibles sentencias contradictorias.

Así, el art. 803.ter.p.1 y 2 LECr dispone:

> *«1. La sentencia desplegará los efectos materiales de la cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción y la causa de pedir planteada, consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes del demandado.*
> *2. Más allá del efecto material de la cosa juzgada establecido en el apartado anterior, el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce.*
> *En el proceso penal posterior contra el encausado, si se produce, no se solicitará ni será objeto de enjuiciamiento el decomiso de bienes sobre el que se haya resuelto con efecto de cosa juzgada en el procedimiento de decomiso autónomo.»*

Sin duda surgirán problemas en su aplicación. «A bote pronto», se me ocurren los que a continuación paso a exponer.

En primer lugar, del número primero y el primer párrafo del segundo de la norma citada, se desprende que la sentencia del procedimiento de decomiso pro-

duce sólo «cosa juzgada material» respecto a los hechos punibles que sean además relevantes para el decomiso.

Con ello, se pretende evitar un enjuiciamiento penal previo y pleno en el procedimiento de decomiso autónomo.

Es lógico, en muchos casos, el acusado no está presente. Por eso, se habrá tenido que suspender el proceso penal y abrir el proceso de decomiso autónomo. No se le puede enjuiciar penalmente, sin que esté presente y pueda defenderse debidamente.

Sin embargo, tampoco, se puede dar un valor nulo a lo sucedido en el procedimiento de decomiso. Hay que intentar evitar sentencias contradictorias.

El problema es que va ser una línea muy fina, en muchos casos, lo que separe el enjuiciamiento de los hechos penalmente relevantes para el delito en el proceso penal y el enjuiciamiento de los hechos penalmente relevantes que tendrán incidencia en la decisión sobre el decomiso, en el procedimiento autónomo de decomiso.

No habrá más remedio que dar prevalencia al juicio penal, aún a costas de lo previsto en el art. 803.ter.p.1 LECr y del riego de sentencias contradictorias.

Se tendrá que aceptar que, en el procedimiento penal, se podrá realizar un enjuiciamiento pleno de hecho y de derecho, respecto a la concurrencia del delito, sin que quede vinculado por el previo proceso de decomiso autónomo, en todo lo que se refiere a la valoración sobre la existencia de delito y sus responsables. De otra forma, puede sufrir la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa del acusado y del resto de intervinientes en este proceso.

La segunda cuestión que se plantea, ligada con la anterior, es que sucederá, si tras haberse estimado una demanda de decomiso autónomo, e, incluso, haberse ejecutado la sentencia, por haber devenido firme, en un proceso penal posterior, se desestima totalmente la responsabilidad penal del acusado.

Por mucho que se haya ampliado la figura del decomiso y se haya intentando desvincularlo del delito y buscar su justificación en un presunto enriquecimiento injusto, sus raíces están en la existencia de un previo hecho delictivo. Si no hay tal, según la sentencia penal posterior, no tiene mucho sentido, mantener un decomiso previo.

La norma parte de la premisa de que la cuestión del decomiso queda zanjada con el procedimiento autónomo. En el penal posterior, no se entrará. Me parece

bien, que, al menos, el Estado no puede reproducir dos veces el mismo juicio frente al acusado o los terceros afectados en materia de decomiso.

Pero, había que prever un mecanismo para poder dejar sin efecto la sentencia dictada en el procedimiento de decomiso, si la posterior sentencia penal, reconoce que todo ha sido un error y no hay causa penal sostenible.

No sería razonable sostener que el decomiso se mantiene a ultranza, amparo en la «santidad» de la cosa juzgada de la sentencia que declaró el decomiso.

Para corregir estos casos, en el art. 954.2 LECr, se ha introducido una nueva causa del recurso de revisión de las sentencias firmes: «*Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte.*»

Si la sentencia penal posterior es contradictoria con la sentencia que ha declarado el decomiso, si este ha perdido su principal presupuesto y no hay hecho delictivo o no es imputable a los que se han visto perjudicados por la sentencia de decomiso, se puede solicitar la revisión de la sentencia firme de decomiso, a través del correspondiente recurso de revisión (arts. 954 y ss. LECr).

No hubiera estado de más, una remisión normativa en el art. 803.ter.p LECr que aclarara que lo que establece, hay que matizarlo con lo dispuesto en el art. 954.2 LECr.

En definitiva, pese a lo previsto en el art. 803.ter.p.1 LECr, el proceso de decomiso autónomo no produce cosa juzgada en el marco estrictamente penal. En el proceso penal se podrá y deberá analizar todo lo que sea relevante, sin considerarse vinculado por el previo proceso de decomiso. La Sentencia penal resultante prevalecerá y será la que produzca «cosa juzgada» realmente en cuanto a todo lo relevante penalmente. Puede incidir, incluso, en la anterior sentencia dictada en el proceso de decomiso autónomo, produciendo su anulación, en ciertos casos.

Se mantiene el criterio general de prevalencia de la resolución penal, sobre cualquier otro orden, en lo que concierne a su propia materia (10.2 LOPJ, art. 40 y ss. LEC y 114 LECr).

En todo caso, la posibilidad de seguir adelante con un «proceso civil», como el que nos ocupa, pese a existir circunstancias relevantes que quedan sometidas a un proceso penal, tampoco es una absoluta novedad. El art. 40.6 LEC, al regular la prejudicialidad penal, dispone: «*La suspensión a que se refiere este*

artículo se alzarán por el Secretario judicial cuando se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que ya impedido su normal continuación.»

A diferencia del procedimiento de decomiso autónomo, en este supuesto, se da la carencia de que no se regula lo que debe suceder, si a posteriori, se reabre el proceso penal y se produce una contradicción entre las resoluciones dictadas en ambas jurisdicciones (sobre el particular, entre otros, GONZALEZ GRANDA, Piedad, en su comentario al art. 40 LEC, en la obra colectiva dirigida por LORCA NAVARRETE, A.M., «*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»,* Lex Nova, Valladolid, 2000, 2ª Ed., T. 1, págs. 490 a 492). En esto, al menos, la regulación del procedimiento de decomiso autónomo, supera a lo previsto en la LEC, para un caso análogo.

La revisión de la sentencia firme dictada en el proceso de decomiso, tampoco, goza de una regulación exquisita.

El art. 945 LECr establece los legitimados para interponer el recurso de revisión: «*Están legitimados para promover e interponer, en su caso, el recurso de revisión, el penado y, cuando éste haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable.»*

Aunque, sólo contempla al condenado penal y su familia, en el caso que nos ocupa, hay que interpretar que lo están todos los afectados por la sentencia que declara el decomiso, incluidos los terceros que no hayan sido enjuiciados penalmente.

Si prospera el recurso de revisión, la sentencia que ha declarado el decomiso queda sin efecto.

Esta es la consecuencia lógica, aunque, el art. 958 LECr no contempla los efectos de la revisión frente a los nuevos casos introducidos en el art. 945 LECr, como por ejemplo, el relativo a la contradicción entre la sentencia penal y la sentencia dictada en el proceso de decomiso autónomo.

El párrafo segundo del art. 960 LECr, aunque, tampoco, se ha adaptado específicamente al caso que nos ocupa, nos marca la pauta a seguir en materia de resarcimiento, cuando prospere la revisión. Se tendrá derecho a que se satisfagan por el Estado los correspondientes daños y perjuicios derivados de la ejecución de la sentencia de decomiso: «*Cuando en virtud del recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán*

derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el Juez o Tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos.»

Si los bienes decomisados obraran aún en poder del Estado, entiendo que lo oportuno es su devolución, sin perjuicio, de la indemnización adicional que corresponda por los daños adicionales producidos.

La prueba del decomiso: el artículo 127 del Código Penal o del mal saber y redactar las leyes

Lluis Muñoz Sabaté
Profesor titular de Derecho procesal

El artículo 1101 del Código Civil establece:

> *Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*

Y ahora imaginemos que dicho precepto contuviere un nuevo párrafo que dijese:

> *Serán considerados indicios de negligencia:*
> *1. Llevar el cordón de un zapato suelto*
> *2. Salir a pasear por la noche sin llevar bastón ni paraguas.*
> *3. Afeitarse con maquinilla eléctrica a menos de cincuenta centímetros de distancia del grifo.*

Por supuesto, —y no haría falta decirlo— que el último añadido es un invento mío consistente en una simple ***parodia*** que es un género literario consistente en una imitación burlesca de una cosa seria. En mi caso el soporte o motivo que me ha inducido a terminar la frase con este sintagma descansa en la reprochable falta de estructura que reúne el artículo 127 quinqui del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica de 30 de marzo de 2015, que se refiere a la prueba del decomiso, lo cual me induce a hacer una mínima incursión al campo de la valoración de la prueba.

Decía Gorphe que la misión general del juez era la determinación y apreciación de la prueba; si cual correspondía debía, fijar, cuando no descubrir los diversos elementos de prueba, confrontando los unos con los otros, y llegar a un conjunto sintético[1] Más drástico Rivera Morales lo contempla como un momento en que al juez «se le deja sólo con sus pensamientos»

Hasta ahora el único órgano por excelencia encargado de dicha valoración en un proceso judicial, civil o penal, era el juez, salvo, naturalmente que el legislador decidiera subrogase, más bien excepcionalmente, en el papel de aquél, estableciendo una presunción *iuris tantum,* que no deja de ser una modesta atribución si se piensa en las antiguas presunciones *iuris et de iuris.*

Extintos ya los seculares periodos de la llamada «prueba legal», con sorpresa veo al descorrer la cortina una panorámica futurista, propia de una guerra de las galaxias. hacia donde vamos si se convierte en moda legislativa la forma de regular la prueba que tiene el ya citado artículo 127 quinqui.

Veamos, pues, lo que ha llamado mi atención en el articulo 127 quinquis, del cual voy a transcribir aquella parte que ahora interesa, para a continuación efectuar una breve crítica.

> *1. Los Jueces y Tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:*
> *a). Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.*
> *b). Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.*
> *c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.*
> *Son indicios relevantes:*
> *1º. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.*
> *2ª. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.*
> *3º. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.*

1. Gorphe *De la apreciación de la prueba,* ed. Ejea, Buenos Aires 1950 pág 141.

La primera observación que quisiera hacer, si se quiere banal, pero no malbaratada, es que uno de los tres requisitos cumulables para que se dé el delito exige que «existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa».

Por contra y a mi parecer la corrección debiera simplemente decir

> *c) Que una parte importante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa»*

La mayor parte de las normas jurídicas describen supuestos de hecho. Pero sería insólito que cada norma recordara que para prosperar se debe probar dicho *Tatbestand.* Pongo un ejemplo, el artículo 16, 1º del Código Penal al que he añadido gratuitamente el término «se pruebe»:

> *«Hay tentativa cuando se pruebe que el sujeto da principio a la ejecución del delito…»*

Tal vez el legislador con aquello de «que existan indicios fundados» quiso recalcar y subrayar que no temiera el juez al aplicar «indicios fundados». Lo admito. Aunque la aplicación de indicios no suele nunca restringirse a los jueces si concurren los cuatro requisitos repetidamente señaladas por la jurisprudencia.

Pero moviéndome todavía en el ámbito de la banalidad, no me resisto a una segunda crítica. ¿Por que deben existir *«indicios fundados»?* ¿Indicios solamente? Estimo que hubiese sido más acertado decir otra vez acertado decir otra vez *se pruebe,* ya que la fijación en el proceso de este requisito puede proceder igualmente de informes bancarios, testigos o de una propia autoinculpación.

Fijémonos que a nivel legislativo el término y concepto de indicio, además de citarse pocas veces, sólo se emplea en casos de emergencia y premura sin que valga asimilarlo a otros términos también utilizados (v.gr. «sospechas» «principio de prueba»), Así, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 381 «*Si el Juez advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos Forenses;* o el artículo 546 autorizando la entrada y registro «*si hubiere indicios de encontrarse allí el procesado…*» o el artículo 384, el más famoso y usado en el foro penal por cuanto abre la puerta al auto de procesamiento: «*Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona…».*

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil apenas si encontraremos en ella una alusión semántica al indicio, con todo llevar en su seno el germen universal de

esta entidad gnoseológica a través del una Sección dedicada expresamente a las presunciones, en la que solo en una ocasión habla de «*hecho indicio*» (artículo 385. 1) reservándose en las restantes a aludir a «hecho demostrado» «hecho probado» o «hecho admitido». También al regularse las medidas cautelares aparece una referencia en el artículo 728 al hablar de «juicio provisional e indiciario».

Y por lo que atañe al Código Civil, la única referencia literal que he sabido encontrar ha sido la que obra en el artículo 532 al tratar de las servidumbres aparentes: «Las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

Aunque mi teoría es un tanto ecléctica en el sentido que diré, me muevo aquí en la necesidad de separar los conceptos de presunción e indicio porque si bien he dicho que en el Código Civil apenas encontraremos la palabra indicio, revienta a borbotones cuando se trata de presunciones (la de ausencia, la de fallecimiento, la de buena fe, etc) incluso cuándo no lo son.[2]

En definitiva parece lógico estimar que el legislador ha tenido siempre una relación respetuosa con el concepto de indicio limitándose a señalar su procedencia aplicativa dentro del marco de la valoración en general. Nunca jamás ha personalizarlo o singularizado qué prueba debiera ser la más conveniente, invadiendo el papel del juez. Como máximo se ha limitado a prohibirla.

A ningún jurista se le puede pasar por la cabeza, por ejemplo, que cuando el ordenamiento laboral aborda el tema de la discriminación y la aplica bien sea por razón salarial, o en el empleo o en la ocupación, se le debiera haber ocurrido al legislador establecer, al redactar el Estatuto de los Trabajadores que en caso de despido disciplinario, las ofensas verbales al empresario deben ser del tipo «cabrón o hijo de puta» pero no «negrero o explotador».

Pero las cosas no suceden de este modo en el artículo 127 quiquis. Para el legislador «hay indicios *relevantes* de que "una parte *relevante*" del patrimonio del penado» procede de actividades ilícitas. He puesto en cursiva lo de «relevante» porque admiro el gusto del legislador por las duplicidades adjetivales. En otro párrafo, sin que haya cambiado el sentido, sustituye «*relevantes*» por «*fundados*».

Y viene a continuación, una triple descripción de cuales considera el legislador indicios relevantes. Nada que criticar desde una perspectiva semiótica: desproporción, ocultación y transferencia. Perfecto.

---

2. La obra del profesor Serra Dominguez *Normas de Presunción en el Código Civil,* ed. Nauta, Barcelona 1963, en particular capítulo V es fundamental, además de histórica, para hacerse con este concepto.

Pero a partir de aquí viene para mí la parte más novedosa y arriscada del precepto, lo cual me sugiere estas interpelaciones:

1. ¿Cabe probar con otros tres indicios (¿o por qué no uno, un *facta concludentia,*) indicios que no sean los expuestos por el legislador, el supuesto de hecho que determina la norma?
2. ¿Quedan los jueces obligados a valorar positivamente los indicios «relevantes» que indica el legislador incurriendo en infracción de ley si no lo hacen?
3. ¿Chirría por alguna parte la norma de carga de la prueba o la presunción de inocencia?
4. ¿Se puede en algún caso dado, infirmar alguno de estos indicios?
5. ¿La infirmación debe tener el mismo grado de relevancia?

¿Es inconstitucional el nuevo juicio de delitos leves?

Federico Adan Domenech
Profesor Agregado Derecho Procesal
Acreditado como Catedrático
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1 Introducción. 2. Quiebra de axiomas jurídicos considerados válidos. 3. Quiebra de la regla quien instruye no puede juzgar. 3.1. Normativa derogada. 3.2. Normativa vigente. 3.2.1. Problemas procesales. 3.2.2. Problemas legales. 3.3.3. Concreción del problema. 3.3.4. Posibles soluciones. 4. Quiebra de las reglas de postulación procesal. 4.1. Premisas de la ruptura de las reglas de postulación procesal. 4.2. Problemas de la falta de postulacion procesal en los delitos leves. 4.3. Reforma legislativa parcheadora. 4.4. Problemas planteados con la entrada en vigor de las modificaciones de la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

1. Introducción

El objeto de este artículo es poner de relieve las dudas e interrogantes que plantea la nueva regulación de los juicios por delitos leves, interrogantes que afectan a su posible inconstitucionalidad, cuestiones, por tanto, que no resultan baladíes.

Como premisa, es necesario dejar patente el hecho de que el legislador dentro del genérico término de delitos leves, ubica una pluralidad de ilícitos penales heterogéneos entre sí, que poca coherencia guardan entre ellos. Ello es así, como consecuencia de que bajo la rúbrica de delitos leves, el legislador engloba hechos que resultaban tipificados por el Código penal, con la normativa derogada, como faltas, por su escasa gravedad, y los ilícitos que, anteriormente, eran calificados como delitos menos graves. Esta agrupación conjunta de delitos y faltas, genera no pocos problemas en cuanto a su tratamiento procesal.

El legislador no establece ninguna modificación de calado en relación a la tramitación del anterior juicio de faltas, prescindiendo de la diferente naturaleza y categorización de los hechos ilícitos que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se van a enjuiciar por sus trámites. Pretender efectuar una aplicación automática del anterior juicio de faltas a la nueva categoría de delitos leves, genera graves disfunciones procesales, como a continuación analizaremos.

2. Quiebra de axiomas jurídicos considerados válidos

La nueva regulación del juicio por delitos leves constituye una vulneración de reglas jurídicas pacíficamente aceptadas y reconocidas hasta el momento, por todos los operadores jurídicos, creando una crisis procesal en torno a su enjuiciamiento.

La separación con el sistema anterior se concreta en dos rupturas. En primer lugar, la quiebra con la regla de quien instruye no puede juzgar, de aplicación al conocimiento de los delitos, y, en segundo lugar, la quiebra con la innecesariedad de postulación procesal, en aquellos procesos por hechos ilícitos de escasa entidad.

El legislador ha tomado un camino diferente, ha efectuado un quiebro ciertamente peligroso, que puede ocasionar dudas en relación a la constitucionalidad de este nuevo proceso, modificado en cuanto a su denominación, sustituyendo el término faltas por el de delitos leves, pero no en relación a su tramitación.

La aplicación de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y la Ley Orgánica 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, supone la modificación del status quo existente hasta el momento, respecto de dos ámbitos diferenciados pero complementarios, ante la tarea de conceptualizar y determinar los rasgos diferenciadores de las instituciones procesales.

En el ámbito legislativo, deberá ser objeto de modificación, sino quieren mantenerse contradicciones internas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, distintos textos legales, entre ellos: la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Penal, con el objetivo de adaptarlos a las nuevas realidades legislativas.

En el ámbito jurisprudencial, a su vez, deberá replantearse la doctrina de nuestros dos altos tribunales, esto es, del Tribunal Supremo y, en especial, la doctrina del Tribunal Constitucional.

3. Quiebra de la regla quien instruye no puede juzgar

Como punto de partida, debemos aseverar que resulta unánimemente aceptado, que esta regla jurídica se erige como una garantía de imparcialidad del órgano judicial, extremo defendido tanto a nivel legal como jurisprudencial.

En cuanto al marco normativo, dos son los textos de referencia en este ámbito. Por un lado, la Constitución Española, en su artículo 24 CE, mediante el cuál se configura esta garantía procesal como un requisito del proceso justo de todo justiciable, mientras que el precepto 117 del mismo cuerpo legal, establece que la función jurisdiccional se administrará por jueces independientes e imparciales, siendo la regla de quien instruye no puede juzgar, una medida tendente, en el proceso penal, a garantizar esta objetividad del órgano judicial en cuestión.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial enumera, en su precepto numero 219, aquellas circunstancias, que de concurrir en el órgano judicial que debe conocer del proceso, justifican que el mismo se abstenga de su enjuiciamiento, por resultar influenciable y, por ende, por generar dudas sobre su exigida imparcialidad. Entre estas circunstancias, en concreto en su ordinal 11, se consigna la obligación de separación de las funciones de instrucción y conocimiento del hecho enjuiciable.

En relación al marco jurisprudencial, la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo son aferradoras defensoras de este axioma jurídico. A nivel de ejemplo, la STC de 8 de mayo de 2006, al analizar la imparcialidad de los órganos judiciales, manifiesta que la finalidad de la misma es «asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa, se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso. Causas significativas de tal posible inclinación previa son la realización de actos de instrucción».[1]

En términos similares, el ATS de 21 de noviembre de 2013, sostiene que: «la escisión funcional entre la actividad jurisdiccional de investigación y la de enjuiciamiento, constituye un presupuesto inderogable para la vigencia del dere-

1. STC 143/2006, de 8 de mayo de 2006.

cho a un proceso justo (art. 24.2 CE) e impone que el juez que instruye no pueda fallar».[2]

El carácter absoluto de esta regla, era incluso reforzado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues su incumplimiento podría ser objeto de sanción, nada más y nada menos, que con la nulidad de actuaciones. Esta sanción a la que hemos efectuado referencia, puede ser denunciada a través de dos de los ordinales de la norma 238 LOPJ, en concreto, el primero y el tercero.

El primero de ellos, castiga la realización de funciones judiciales sin competencia, y, en este caso, el juez que instruye no tendría competencia funcional para enjuiciar el juicio o a la inversa. El tercero de los apartados de la norma, sanciona con la nulidad de actuaciones, aquellas que se hayan efectuado con quebrantamiento de normas esenciales del proceso, y, atentar contra la imparcialidad de los órganos judiciales, que se traduce en la inviabilidad de un proceso justo, es evidente que se configura como una vulneración de las normas esenciales a todo proceso.

3.1. Normativa derogada

Con la anterior legislación, no existía la problemática planteada, pues se respetaba la regla de quien instruye no puede juzgar, debido a la separación de los ilícitos penales en faltas y delitos, en función de la gravedad del hecho enjuiciado.

De esta forma, respecto de las faltas no se exigía la división de funciones instructoras y enjuiciadoras, y, así lo reconocía el art. 14.1 LECrim, al atribuir el conocimiento y fallo de las faltas al mismo Juez de instrucción. El tratamiento procesal otorgado a los delitos era radicalmente contrario, pues en cuanto a los delitos, sí existía una efectiva división de funciones, tal y como resulta patente, de la lectura de la propia LECrim, en concreto, de los apartados segundo, tercero y cuarto del artículo 14.

Así, el segundo de los apartados de esta norma, imponía la instrucción de los delitos, al Juzgado de instrucción del partido judicial donde se hubiese cometido el hecho ilícito. Cumpliendo con la anunciada división de funciones, el apartado terceo y cuarto del mismo precepto, determina los órganos judiciales competentes para proceder al enjuiciamiento del proceso, concretándose estos, en el Juzgado de lo penal o la Audiencia Provincial, según la pena atribuida por el Código penal a cada hecho ilícito.

---

2. ATS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2013, Roj: 10945/2013.

Esta división de funciones, también era admitida y reconocida por la jurisprudencia. Como ejemplo, sirva la STC de 30 de abril de 2015, que defiende que: «en fase de instrucción (…) el Juez Instructor se sitúa en una posición investigadora incompatible con la posibilidad de juzgar posteriormente los mismos hechos (…) el contacto con las investigaciones y actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral (…), puede originar en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado».[3]

En conclusión, en cuanto a los delitos, el art. 14 LECrim respetaba la regla de quién instruye no puede juzgar.

3.2. Normativa vigente

La regulación procesal penal introducida por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 13/2015, de 5 de octubre, rompe con las bases y reglas admitidas como válidas en la práctica forense. El centro del problema se concreta, en que el legislador considera a todos los hechos ilícitos como delitos, sin embargo no les concede un tratamiento procesal homogéneo, originándose diferentes problemas.

3.2.1. Problemas procesales

Estos problemas se concretan en la falta de adaptación de la naturaleza del proceso para la tramitación de los delitos leves a la configuración y conceptualización de los delitos en general.

El origen del conflicto se encuentra en la Disposición final 2ª, uno, de la LO 1/2015, de 30 de marzo, al establecer ésta que el enjuiciamiento de los delitos leves se efectuará por las fases y reglas del hasta ahora denominado proceso de faltas, sin efectuar ninguna modificación de calado de esta vía procedimental.

El mantenimiento de las características propias del juicio de faltas es puesto de manifiesto por la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2015, al afirmar que «el nuevo procedimiento (…) reproduce las características definitorias del juicio de faltas, particularmente su concentración de actos, simplificación de formas y oralidad (…) sin alterar el diseño general del anterior juicio de faltas, pues mantiene los requisitos de competencia objetiva y territorial».

Es voluntad del legislador, que el tratamiento procesal de las faltas se traslade inamovible a los delitos leves. Sin embargo, esta previsión es incorrecta, pues

3. STS, Sala 1ª, de 30 de abril de 205, Roj: 1718/2015.

se efectúa sin tener en cuenta que dentro de la categoría de delitos no solo se incorporan las derogadas faltas, sino anteriores delitos menos graves, que nada tenían en común con la tramitación procesal de las faltas y, por ello, le resultarán ajenas e incompatibles las reglas del anterior jurídico de faltas, en especial, la inexistencia de separación entre instrucción y enjuiciamiento.

3.2.2. Problemas legales

Trasladar el tratamiento procesal de las faltas a los delitos leves, sin ajustarse a sus características, tiene una consecuencia indirecta en los textos normativos, que se concreta en incoherencia interna en el artículo 14 LECrim, pues, este precepto en su apartado primero, para los delitos leves, unifica la instrucción y el enjuiciamiento en un mismo órgano judicial, mientras que los apartados tercero y cuarto de la misma norma, para el resto de los delitos, garantiza la separación entre instrucción y enjuiciamiento. La contradicción interna existente en la regla 14 LECrim es evidente y generará inseguridad jurídica en los diferentes operadores jurídicos.

En consecuencia, en cuanto a los delitos, el art. 14 LECrim y su tramitación procesal no respetan la regla de quien instruye no puede juzgar.

3.3.3. Concreción del problema

Dos son los ámbitos en que se plasma la concreción de la ruptura de la normativa vigente con la práctica tradicional.

En primer lugar, como ya hemos manifestado, en la quiebra de la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional existente hasta el momento, debiendo la misma, ser objeto de modificación o cuanto menos de matización.

En segundo lugar, en relación a la incompatibilidad con diferentes textos normativos vigentes en la actualidad, en concreto con tres:

A. Constitución española, pues este cuerpo legal considera la imparcialidad una garantía procesal del justiciable —art. 24— y una característica propia de la función jurisdiccional —art. 117—.
B. Ley de Enjuiciamiento Criminal, debido a que este texto normativo exige en los apartados segundo, tercero y cuarto del artículo 14, la separación entre instrucción y enjuiciamiento en la tramitación judicial de los delitos.

C. Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar la intervención en la fase de instrucción como un elemento desvirtuador de la imparcialidad judicial, constituyendo una de las causas de abstención del órgano judicial, listadas en el precepto 219.

En consecuencia, podemos afirmar que en base a la doctrina jurisprudencial y legal emitida y defendida hasta la entrada en vigor de las modificaciones de la LECrim, podrían incoarse solicitudes de nulidad de actuaciones por no respetarse la regla de quien instruye no puede juzgar.

3.3.4.Posibles soluciones

Ante la problemática existente por la falta de correlación entre la legislación vigente y las reglas jurídicas asumidas como válidas, en base tanto a la práctica procesal como a la anterior normativa, proponemos, a continuación, tres posibles soluciones.

En primer lugar, modificar o cuanto menos matizar la doctrina jurisprudencial emitida tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. En este sentido, si se quiere mantener el statuts quo actual, y la interpretación que se ha efectuado de la regla quién instruye no puede juzgar, se deberá manifestar por estos dos tribunales, la apuesta por la equiparación de las faltas a los delitos leves en cuanto a su tratamiento procesal y efectos jurídicos. Esta decisión tendría como consecuencia aceptar un tratamiento no homogéneo entre los hechos calificados como delitos.

En segundo lugar, proceder a una reforma legislativa de los siguientes preceptos: Flexibilizar el artículo 219.11 LOPJ, advirtiendo de la excepción a la regla de quien instruye no puede juzgar, en el sentido de que no resultará aplicable a los delitos leves, y precisar las normas 238.1 y 3 LOPJ, imposibilitando encuadrar, en sus supuestos de nulidad de actuaciones, la instrucción y enjuiciamiento conjunto de los delitos leves por el mismo órgano judicial.

En tercer lugar, y asumiendo una postura contraria a la defendida en las anteriores soluciones, esto es, de pretender seguir respetando la regla de quien instruye no puede juzgar para todos los delitos, devendría necesario practicar una modificación de naturaleza procesal y otra de carácter orgánico, que se concretaría en los siguientes extremos: Regular un nuevo proceso para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves, distinto al anterior juicio de faltas, en que se separasen ambas fases y se diferenciase la competencia funcional entre los órganos judiciales respecto a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves.

4. Quiebra de las reglas de postulación procesal

La segunda problemática que se origina, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 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, es la falta de concordancia de la vigente legislación procesal penal con las reglas de postulación procesal existentes en el ámbito penal.

El punto de partida de la problemática es, una vez más, el diferente tratamiento de la postulación procesal respecto de los delitos y las faltas. Tradicionalmente, se ha defendido que en relación a las faltas, no resultaba preceptiva la intervención de abogado y procurador, en contraposición a la tramitación de los delitos respecto de los cuales si era obligatoria su intervención.

Ante la pregunta de si resulta necesaria la intervención de abogado y procurador para el enjuiciamiento de los delitos leves, la respuesta, desgraciadamente, es muy dinámica, pues en una escasa brevedad de tiempo, las soluciones son dispares, como consecuencia de la incompleta actividad legislativa.

4.1. Premisas de la ruptura de las reglas de postulación procesal

La falta de coherencia de la vigente legislación respecto de las reglas tradicionalmente aceptadas, en relación a la postulación en el enjuiciamiento de los delitos, es fruto de las reglas contenidas en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La disposición final segunda, apartado octavo de este cuerpo legislativo, establece que el enjuiciamiento de los delitos leves, se tramitará conforme a las reglas de los anteriores juicios de faltas, sin efectuar, como ya hemos manifestado, modificación en cuanto a su tratamiento procesal, limitándose este texto normativo a sustituir la rúbrica del Libro VI de la LECrim, cambiando el término procedimiento de faltas por el de procedimiento para delitos leves.

Partiendo de la no modificación de las reglas procesales que conforman esta modalidad procedimental, si en los anteriores procesos de faltas no resultaba preceptiva la postulación procesal, tampoco debería exigirse para el enjuiciamiento de los delitos leves.

Esta tesis es reforzada por la disposición final segunda, apartado catorce de la misma Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la cual modifica el artículo 967.1 LECrim, afirmando que ante la citación se les informará a los notificados, de que pueden ser asistidos por abogado si lo desean. La terminología *si lo desean* es clarividente. De este modo, con la reglamentación instaurada por el texto sustantivo mencionado, resulta patente el carácter voluntario, y no preceptivo, de la postulación procesal en la tramitación de los juicios leves.

4.2. Problemas de la falta de postulacion procesal en los delitos leves

La no exigencia de la intervención de abogado y procurador en el enjuiciamiento de los delitos leves genera los siguientes problemas.

En primer lugar, se produce una quiebra de la doctrina jurisprudencial respecto del diferente tratamiento de la postulación procesal en relación al enjuiciamiento de delitos o faltas.[4]

En segundo lugar, la inclusión dentro de la misma categoría de delitos leves de aquellos ilícitos que anteriormente eran considerados faltas, conjuntamente con aquellos hechos que se catalogaban de delitos menos graves, sin respetar la naturaleza de cada uno de ellos, comporta que delitos que anteriormente eran enjuiciados con el asesoramiento de abogado y representación de procurador, con la nueva reglamentación no se tramitarán con la preceptiva intervención de estos profesionales del derecho. Entre otros, se encuentran en esta incoherencia: el homicidio por imprudencia menos grave, los delitos contra la propiedad intelectual o industrial en tipos atenuados…

En tercer lugar, se produce una limitación del derecho a la asistencia jurídica gratuita de aquellas personas que atraviesan situaciones de insuficiencia económica. Así, el artículo 6.3 de la Ley de la Asistencia Jurídica Gratuita, sostiene que la defensa y representación gratuita se concederá sólo en los casos en que sea preceptiva legalmente su intervención. Con la regulación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se producirá una limitación de este derecho, como consecuencia de que delitos en los que antes era preceptiva la intervención de abogado y procurador, con la directrices introducidas por este texto normativo desparece esta necesidad, una vez más por equiparar el tratamiento procesal de las faltas a la totalidad de hechos ilícitos, catalogados como delitos leves, sin respetar si su gravedad justificaba considerarlo delito y no falta.

---

4. Sirva como ejemplo la SAP Zamora, Sección 1ª, de 15 de octubre de 2015, Id Cendoj: 49275370012015100294.

En cuarto lugar, se castiga económicamente al sujeto pasivo del delito leve, al causarse un agravio pecuniario al perjudicado por el hecho ilícito, de ejercitarse la acción civil derivada del delito en el ámbito penal, conforme al artículo 100 LECrim. De este modo, el perjudicado por un homicidio por imprudencia grave, de acudir a exigir las responsabilidades económicas derivadas de la comisión del delito por la vía penal, al no resultar preceptiva la intervención de abogado y procurador, de decretarse la condena del acusado, a éste no se le podría imponer en el pago de las costas procesales, las partidas económicas derivadas de la intervención de abogado y procurador, dispendio que debería afrontar el sujeto pasivo del delito.

Situación totalmente contraria, acontece de haberse dirigido el perjudicado por el delito a la vía civil, a efectos de exigir las responsabilidades civiles, pues en esta jurisdicción si es considerada perceptiva la intervención de abogado y procurador, siempre y cuando, la reclamación exceda de 2.000 euros, pudiendo, en este caso, imponer las costas al autor o participante en alguna de las diferentes modalidades penales del delito leve, sin que su pago corra a cargo del sujeto pasivo del hecho ilícito.

Esta desigualdad de tratamiento procesal, supondrá que muchos de los perjudicados por el delito, renunciarán al ejercicio de las acciones civiles en la vía penal, para acudir a la jurisdicción civil, en contra del principio de economía procesal, produciéndose una limitación de una de las garantías procesales consagradas como derecho fundamental en el precepto 24 CE, en concreto, el derecho a la defensa letrada.

4.3. Reforma legislativa parcheadora

El legislador se hace eco de esta problemática enunciada en el apartado anterior y pretende dar respuesta a la misma. Sin embargo, como suele acontecer, la solución es parcial y no exenta de problemas.

El texto legal que tenía como objetivo poner fin a esta problemática es la Ley Orgánica 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. Mediante este texto sustantivo, se introduce un nuevo párrafo al artículo 967 LECrim en el que se sostiene que: «El enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación».

Fruto de esta nueva reglamentación, para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, será necesaria la intervención de abogado. Entre otros: la omisión de socorro, de defraudaciones del fluido eléctrico, de los daños…

A sensu contrario, no resultará preceptiva la postulación procesal, en los delitos leves que tengan atribuida una pena que no llegue a los seis meses, entre otros: amenazas y coacciones leves, estafas de menos de 400 euros, falta de respecto a la autoridad…

En consecuencia, la solución concedida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, es parcial, pues la intervención de abogado y procurador sólo será exigida para unos determinados delitos, creando, dentro de la categoría de delitos leves, dos grupos de hechos ilícitos a los que se les confiere un tratamiento procesal diferenciado.

4.4. Problemas planteados con la entrada en vigor de las modificaciones de la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre

La disposición final cuarta de la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, al regular su aplicación, establece que la presente Ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado, esto es, el día 6 de diciembre de 2015.

Cumpliendo esta disposición, el párrafo segundo del artículo 967 LEC, el cual constituye el fundamento de la intervención de abogado y procurador para el enjuiciamiento de determinados delitos leves, no resulta de aplicación hasta el 6 de diciembre de 2015.

En contrapartida, la conversión de las faltas en delitos leves entró en vigor el 1 de julio del 2015, extremo que supone que a partir de esta fecha, se han tramitado procesos por delitos leves sin postulación procesal. Esta circunstancia testimonia un sin sentido del legislador, pues unos meses más tarde, para la tramitación de esos mismos delitos se exigirá la intervención de los profesionales del derecho.

La regulación de la transitoriedad de las leyes que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal no soluciona esta controversia, pues la disposición transitoria única, de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, establece que la misma sólo se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, esto es, los incoados a partir del 6 de diciembre pero no los anteriores.

La situación contradictoria originada en los juzgados penales, es una muestra de la incorrecta técnica legislativa, que lejos de conceder una solución a la controversia planteada, genera inseguridad jurídica, pues en una escasa brevedad temporal, la preceptividad o no de la intervención de abogado y procurador resulta radicalmente contraria.