

ANOTACIONES Y COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Jesús Fernández Entralgo.

Javier Hernández García

José Manuel Ortega Lorente.

Yolanda Rueda Soriano

Ramón Sáez Valcarcel

José Manuel Sánchez Siscart

1. Nuevo tratamiento de los delitos conexos y continuados;

El pre-legislador manifiesta su preocupación –y la explicita en la Exposición de Motivos- por los problemas que generan, en particular, las macrocausas. Deriva de un pretendido esfuerzo para la racionalización de los criterios de conformación de los procesos y para una más rápida y eficaz sustanciación de los mismos, una nueva regulación en la que cabe apreciar singularidades cuestionables.

Los principios que rigen la nueva regulación y los elementos más destacables –y algunos, censurables, a nuestro criterio-, son los siguientes:

1. Prevé la investigación y enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos, salvo que ello provoque la excesiva complejidad o dilación de la causa.
2. Incluye entre los delitos conexos los delitos continuados. Y atendiendo al principio anterior, posibilita que las distintas acciones que integran un delito continuado sean enjuiciadas separadamente. Olvida, así, el legislador, que el delito continuado no es una figura destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino que es una verdadera realidad jurídica que permite

construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una unidad objetiva y subjetiva [STS 127/98, 2-2; 784/98, 25-5; 95/99, 26-1; 190/00, 7-2; 461/06, 17-4; 505/06, 10-5; 1018/07, 5-12; 563/08, 24-9; 1075/09, 9-10.

Además, dicha posibilidad es contradictoria con el tenor del art. 17.2 AP que prevé –como el art. 300, apartado primero, L.e.crim, que no se modifica- que cada delito dará lugar a la formación de una causa –y un delito continuado no es una figura integrada por delitos conexos, sino por acciones delictivas plurales que, por concurrir determinadas circunstancias - dos criterios legales: uno objetivo, aprovechando parecida o idéntica ocasión, y otro subjetivo, cuando las diversas acciones se realizan en ejecución de un plan preconcebido o dolo unitario-. Como también es contradictoria con la segunda previsión del art. 300 L.e.crim –los delitos conexos se comprenderán en una sola causa-.

Por lo demás, la posibilidad de enjuiciamiento separado de las acciones delictivas que integran un delito continuado, con la redacción actual del art. 74.1 CP, podría provocar severos problemas de legalidad, si la suma de las penas impuestas para cada acción –calificada como delito- sobrepasara el límite legal de la pena fijada para el delito continuado –la prevista para la infracción más grave, en su mitad superior, e incluso en la mitad inferior de la pena superior en grado, a salvo los supuestos de exacerbación punitiva prevista para los delitos continuados patrimoniales de notoria gravedad y perjuicio para una pluralidad de personas (“delitos masa”), para los que la pena puede incrementarse en uno o dos grados-¹.

¹ Para supuestos tales, la jurisprudencia ha tenido que acudir a soluciones creativas, imaginativas, en un ejercicio –necesario- de creacionismo judicial. Así, la STS, 2ª, 500/2004 de 20 de abril ofrece la siguiente salida para casos en los que el enjuiciamiento separado de infracciones integrables en un solo delito continuado provocan una punición por encima de la legalmente prevista en el art. 74 CP: “la solución debe venir por la imposición en la causa que se analiza, de la pena que corresponda a los hechos enjuiciados a la que debe serle descontada la pena impuesta en el previo enjuiciamiento(...), con lo que se efectúa la correspondiente corrección penológica, impidiendo que recaigan sobre él las consecuencias adversas de una doble imposición de pena, hecho respecto del que no es imputable. *Esta solución se considera preferible a la solución del indulto que se propuso en la STS 751/99 de 11 de Mayo antes citada, y por otra parte no se trata de decisión ayuna de hecho precedente. Antes bien, puede citarse*

Cierto es que de entrar en vigor la reforma del delito continuado contemplada en el Proyecto de Código Penal, ese problema no se produciría, en tanto que su art. 74.1 sanciona el delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

En todo caso, lo que sí podría impedir el enjuiciamiento separado es la aplicación de la regla actualmente prevista para los delitos masa –patrimoniales- en el art. 74.2 CP y contemplado también en el segundo párrafo del art. 74.1 del PCP, de imposición de la pena superior en uno o dos grados, toda vez que el enjuiciamiento separado impediría contemplar la concurrencia de los elementos justificativos de la agravación penológica –notoria gravedad del perjuicio, multiplicidad de perjudicados-.

3. Se desaprovecha la reforma de la conexidad delictiva para configurar reglas precisas sobre hasta qué momento del proceso se pueden acumular causas seguidas por delitos conexos; también habría sido buena esta ocasión para fijar reglas para la acumulación de procedimientos, que bien podría haber seguido cauces similares a los previstos en el art. 84 de la L.E.Civil para la acumulación de procesos²

4. No se regula el órgano competente para resolver sobre la declaración de conexidad ni sobre la eventual desacumulación.

el art. 23-2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que al referirse a la nacionalidad del delincuente como criterio de atribución competencial en favor de los Tribunales españoles, se refiere a que si el español juzgado en el extranjero hubiese cumplido parte de la pena «...se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponde...».

² Sin perjuicio de que quepa acudir a ellas en aplicación del principio de subsidiariedad de la L.E.Civil contemplada en el art. 4 L.E.Civil.

En tanto el Juez de Instrucción siga siendo el «dueño de la instrucción» (por utilizar una terminología muy extendida en la bibliografía especializada alemana), a él debería atribuirse la competencia.

Debiera dilucidarse si se trata de una resolución que puede adoptar por propia iniciativa, o si está subordinada a una previa instancia de alguna de las partes.

Por supuesto, su resolución habrá de contenerse en un Auto suficientemente motivado, pero ¿cabrá algún recurso contra ese?.

En caso afirmativo ¿cuál o cuáles y con qué efectos?.

Estos extremos deberían quedar claramente regulados, para evitar problemas en la práctica.

5. Aunque en el catálogo de supuestos de delitos conexos se excluye, inicialmente, la conexidad subjetiva, se trata la misma en el apartado 3 del art 17 CP, señalando que para los delitos cometidos por la misma persona y que tengan relación o analogía entre sí, la regla general será el enjuiciamiento separado, salvo que razones de economía procesal aconsejen el enjuiciamiento conjunto.

6. La fijación de criterios jurídicamente imprecisos o indeterminados para optar bien por no enjuiciar conjuntamente los delitos conexos –el art. 17.2 AP excluye la investigación y enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos contemplados en el art. 17.1 AP cuando la acumulación pueda provocar excesiva complejidad o dilación-, bien por optar por el enjuiciamiento conjunto –en el caso de los delitos conexos por identidad subjetiva, art. 17.3 AP, como se ha visto sólo procederá su enjuiciamiento conjunto si lo aconsejan

razones de economía procesal- permiten prever una multiplicación de las cuestiones de competencia.

La acumulación en un solo proceso de varios hechos punibles imputables a una persona que no puedan reputarse conexos a la luz de las nuevas definiciones contenidas en el artículo 17.1º AP sirve a otras finalidades de justicia material como lo son sin duda una mejor juicio de individualización de las circunstancias de culpabilidad del sujeto activo y del propio juicio de punibilidad. La exclusiva referencia a la *economía procesal* y a que se no se produzcan *efectos dilatorios o de complejidad* tramitadora no sirven por sí para excluir la acumulación de objetos procesales cuando se aprecie otros intereses de adecuación constitucional como los antes mencionados.

7. Por último, cabe apuntar que

- La acumulación debiera poder disponerse por iniciativa del Juez de Instrucción [director de la instrucción] en virtud de auto motivado o a instancia de cualquiera de las partes.

- El Anteproyecto refuerza la posición del Ministerio Fiscal hasta el punto de impedir la acumulación a iniciativa del Juzgado instructor y de no mencionar la intervención de ninguna otra parte acusadora personada en el procedimiento, ni siquiera de una eventual acusación particular de persona física o jurídica directamente perjudicada por los supuestos delitos. Dicha regulación deja al arbitrio de una sola de las partes del proceso, el Ministerio Fiscal, la posibilidad de adoptar una decisión de ordenación del objeto del proceso que afecta al orden público procesal. No se justifica que no se reconozca iniciativa de acumulación de objetos procesales a las otras partes del proceso y, desde luego, de oficio, al juez.

- No es razonable que la reforma no aborde en su integridad todas las reglas procesales de competencia que se deriven de las fórmulas de conexión, incluyendo las del Tribunal del Jurado a la luz de los Acuerdos de Pleno No jurisdiccional de la Sala Segunda de enero de 2010. En esta materia se reclama una regulación armonizadora y sistemática.

2: Del imputado al sujeto pasivo. El cambio terminológico. Modificación del art. 118 de la L.e.crim.

Lo primero que debe resaltarse es la incoherencia o falta de sistemática legislativa, sino precipitación o descoordinación que se detecta en el hecho de que se proponga una nueva redacción para dicho precepto cuando actualmente se encuentra en trámite un proyecto de ley ³ que da nueva redacción a dicho precepto y, además, distinta a la que contempla el AP. Dicho Proyecto de Ley fue aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 18 de diciembre de 2014 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 2 de enero de 2015 ^{4 5}.

³ por el 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.

⁴

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-114-5.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-114-5.CODI.%29#(Página1))

⁵ . En dicho Proyecto de Ley, se le da al art. 118 L.e.crim., la siguiente redacción:

Artículo 118.

1. Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

- a) Derecho a ser informado de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir un ejercicio efectivo del derecho a la defensa.
- b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa.
- c) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) del artículo 527.

En el AP, la redacción es diferente, muta la instaurada categoría de “imputado” por la de “sujeto pasivo” e identifica con mayor claridad quienes tienen dicha categoría en el proceso penal. La modificación terminológica pretende, obviamente, eliminar del uso común un término que ha obtenido una difusión que ha conllevado una carga “estigmatizante” para quienes han adquirido dicha condición, particularmente en causas seguidas por asuntos vinculados al fenómeno de la corrupción institucional y económica. Llama la atención que el problema sólo se haya revelado –o se considere problema– cuando la condición de “imputado” la han padecido personas relevantes de la escena pública y política, Y llama más la atención que la solución se busque por vías terminológicas y no por otras que quizás resultaran más adecuadas, por sustantivas, para garantizar el respeto del derecho a la presunción de inocencia. Figuras del derecho comparado como el testigo asistido, o la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal, constituyen herramientas particulares y sistemáticas que podrían haber facilitado que la presunción de inocencia como regla de tratamiento no sufriera como a veces puede padecer cuando alguien adquiere la condición de imputado.

d) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

e) Derecho a traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 a 127.

f) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo.

g) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La información a que se refiere el párrafo anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al imputado. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

2. Para actuar en el proceso, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

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.

3. La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables."

Llama también la atención que en la nueva redacción del art. 118 –en concreto en sus apartados 5 y 6- se haga mención a derechos de interpretación y traducción que el Proyecto de Ley 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, incluye, con redacción muy semejante en los nuevos arts. 123 y 127 que dicho Proyecto incorpora a la L.e.crim.

Igualmente se utiliza la reforma del art. 118 L.e.crim. para refrendar derechos que tienen el detenido y el imputado –arts. 520, 767, 775 L.e.crim- mediante la inclusión en un único precepto –sin perjuicio de que tales preceptos permanecen⁶. Y debe señalarse que si bien se aprovecha la ocasión –art. 118.10 AP- para eliminar de la práctica forense la posibilidad –contemplada en el art. 387 L.e.crim- de exhortar al procesado a decir verdad – y, sin embargo, no se derogue expresamente o se modifique al menos, la redacción del citado art. 387 L.e.crim.

Y también sorprende la incorporación al texto normativo de una cláusula sobre la trascendencia del silencio del sujeto pasivo al prestar declaración. En todo caso, la normativización de lo que constituye –reglas Murray- una inferencia que, atendiendo a los casos, puede extraerse del hecho de que un imputado, sujeto pasivo o acusado, frente a los hechos incriminatorios avalados por diligencias de investigación o pruebas, no aporte versión exculpatoria, puede tener de utilidad que el sujeto pasivo y el acusado, al ser informado de sus derechos a guardar silencio, a no declarar y a no confesarse culpable, sea, a su vez, informado y, con ello, conocedor, de que la llamada por respuesta puede ser utilizada, no como medio de prueba, pero sí como constatación de la inexistencia de versión exculpatoria que de explicación a la información incriminatoria acreditada. En todo caso, la fórmula sintáctica y semántica empleada impide entender con

⁶ Unificación que parece querer mostrar que la L.e.crim. recibe la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales –en concreto su art. 3-, cuando de la trasposición de la Directiva se ocupa el Proyecto de Ley fue aprobado por el Congreso de los Diputados el pasado 2 de enero de 2015.

claridad qué se pretende regular y, sobre todo, cuáles son las *consecuencias perjudiciales* que la regla pretende neutralizar. La fórmula debería simplificarse en términos mucho más claros, recogiendo la doctrina del TEDH (*reglas Murray*). A modo de ejemplo: el silencio de la persona acusada no puede servir, en ningún caso, como prueba determinante ni prevalente de su participación criminal sin perjuicio que de forma residual o secundaria pueda servir como elemento valorativo de la información que resulte de los medios de prueba practicados a instancia de las acusaciones.

3. Sumisión de la instrucción a plazos temporales de duración.

El AP incorpora fija plazos máximos para la instrucción de las causas penales con una nueva redacción del art. 324 L.e.crim en términos análogos a la redacción del art. 127 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013.

El Anteproyecto de 2011 también fijaba plazos máximos para la duración de la fase de instrucción.

La finalidad perseguida por una previsión tan novedosa es imaginable, aunque la Exposición de Motivos ha eludido comentarla con detalle. Llama la atención, en todo caso, que dicha EM señala que se fija un límite temporal infranqueable para la conclusión de la fase de instrucción y en el que debe adoptarse la decisión que proceda: continuar el procedimiento por la fase intermedia o sobreseer libre o provisionalmente la causa. Sin embargo, la lectura del texto propuesto para el art. 324, permite dudar de la aptitud del mismo para merecer el epíteto de (límite temporal) infranqueable. Cierto es que el AP señala límites temporales para la duración de la instrucción: seis meses para las causas no complejas y dieciocho para las que lo sean. Precisa cuáles tienen tal condición -complejas- en el nº 3 del artículo. Y prevé, para las causas complejas, la posibilidad de una prórroga a

instancia del Ministerio Fiscal por plazo que pueda alcanzar hasta otros dieciocho meses. Y aún cabe otra prórroga adicional excepcional; prórroga que cabe tanto para las causas complejas como para las que no lo sean y que, sin embargo, no viene constreñida por plazo alguno, aunque la interpretación sistemática y finalista del precepto permite pensar que esta prórroga no podría ser por plazo superior al inicial –de seis o dieciocho meses-.

No resulta excesivamente coherente que la primera prórroga prevista en el artículo 324.2 ALECrím se condicione a que sea instada solo por el Ministerio Fiscal y sin embargo se prevea una suerte de prórroga final o extraordinaria que sí puede ser acordada de oficio por el juez de instrucción (artículo 324.5 ALECrím). No se justifica con claridad por qué no se faculta al juez de instrucción para que de oficio y ex origine pueda ordenar prórrogas. Si el modelo mantiene la figura del Juez de Instrucción como pieza clave de impulso y desarrollo de la fase previa no se entiende por qué no se le reconoce la facultad de ordenar temporalmente el desarrollo de la fase previa y ello sin perjuicio de que las otras partes del proceso puedan instar lo que consideren oportuno sobre las condiciones temporales de desarrollo del proceso y el juez, en condiciones contradictorias, decida lo que proceda.

Pero lo que no recoge el precepto es la consecuencia del incumplimiento de los plazos. El art. 481.3 del AP 2011 contemplaba expresamente la carencia de validez de las diligencias ordenadas o realizadas más allá del plazo máximo de duración de la investigación. Ciertamente es que no preveía una sanción, posible, pero de mayor gravedad, equivalente a una especie de caducidad en la instancia, por lo demás incompatible con las causas de extinción de la responsabilidad penal prevista en el Código Penal. Pero el AP comentado no establece consecuencia alguna –aunque la Exposición de Motivos entienda que el límite temporal fijado, en su caso, tras las sucesivas y posibles prórrogas, es infranqueable- para la superación del plazo, con lo que tendría que ser la jurisprudencia la que tuviera que interpretar qué consecuencias cabría atribuir a la práctica de diligencias cumplidos los plazos. Y ante la falta de previsión expresa, entre el derecho al proceso sin

dilaciones indebidas y el derecho a la tutela judicial efectiva, los Tribunales han optado por considerar que la ausencia de previsión sancionadora para el incumplimiento de la norma no puede, en materia de plazos, tener trascendencia limitativa para el ejercicio de la acción penal, aun cuando las dilaciones tengan, posteriormente, su traducción penológica a través de la atenuante de dilaciones indebidas.

Cabe plantearse si, en el caso de que se considerara que el transcurso del plazo conduce al sobreseimiento o archivo de la causa –por no haberse conseguido en el plazo de instrucción información suficiente para mantener una imputación en términos tales como para que pudiera prosperar una acusación por delito o por no haberse identificado al autor del delito-, cabría o no reabrir la causa. La regulación del AP nada señala. Si no pudiera reabrirse, la consecuencia sería abiertamente disfuncional y productor de eventuales impunidades. Debiera haber una vía extraordinaria de reapertura en caso de conocimiento sobrevenido de hechos no aflorados con anterioridad y que supongan una modificación extraordinaria de las circunstancias que dieron lugar a la ineficacia transitoria de la investigación; siempre y cuando, por supuesto, no hubiera transcurrido entretanto el plazo de prescripción.

En todo caso, nos encontramos con una novedad que tendría sentido con un nuevo modelo procesal, para el que se hubiera efectuado un previo estudio de impacto del mismo sobre la realidad sobre la que se va a aplicar, realidad de la que, obviamente, no son ajenos los medios materiales con los que la jurisdicción penal cuenta para hacer efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Cuando se opta por una reforma parcial de la L.e.crim., que no va acompañada de reformas orgánicas, de reformas de planta, lo pronosticable es que en muchos procesos penales nos vamos a encontrar con agotamiento de los plazos de prórroga sin finalización de la fase de instrucción o sin finalización efectiva. Ello puede conducir, bien a decisiones precipitadas de cierre de la fase de instrucción o, alternativamente, al incumplimiento de los plazos, con la necesidad

posterior de que los Tribunales determinen su trascendencia y el evidente riesgo, hasta que pueda haber acuerdos unificadores por parte del Tribunal Supremo, de respuestas diversas con la correspondiente merma de la confianza ciudadana en la jurisdicción. Si la consecuencia es la primera, el establecimiento de plazos máximos de la instrucción, sin adoptar indispensables previsiones estructurales como las apuntadas anteriormente, puede constituir a la postre un factor determinante de la impunidad de los casos más graves y también más complejos de corrupción.

El AP no introduce el principio de oportunidad reglado, que si contemplaban tanto el AP de 2011 como el Borrador de Código Procesal Penal. Principio que tiene su adecuado desarrollo en un modelo procesal en el que la fase de investigación viene atribuida al Ministerio Fiscal. Instituto que permite discriminar, de manera reglada, aquéllos supuestos en los que se revela innecesaria la continuación, incluso la apertura, del procedimiento penal. Un uso adecuado de dicho principio permitiría, por un lado, soluciones proporcionadas desde el punto de vista jurídico-penal; por otro, evitaría la dedicación de recursos innecesarios a la persecución de determinadas infracciones. También dejaría un espacio para respuestas satisfactorias en las que encajaría la mediación como instrumento de resolución de los conflictos generados por la contravención de la norma penal en supuestos leves o menos graves. Cuando el principio de oportunidad no tiene cabida en el proceso penal, el principio de legalidad obliga a la investigación de todos los delitos conocidos sin atender a otras consideraciones que la naturaleza del hecho. Y con ello, la sumisión del procedimiento a plazos no encuentra o no viene apoyada por mecanismos alternativos de respuesta a los actualmente previstos –sobreseimiento de la causa por alguna de las causas actualmente previstas o enjuiciamiento de los hechos-.

4. Reforma de los arts. 520 y 527. Los derechos del detenido y el régimen de incomunicación.

4.1. Art. 520.

Si bien se aprecia un esfuerzo de adaptación a la Directiva 12/2012 sobre derecho a la información en el proceso penal, cabe cuestionar el orden sistemático de contenidos. No tiene sentido que el derecho a la información sobre los recursos o modos de impugnación contra la decisión de prisión o de detención se sitúe como subpárrafo del ordinal 4, cuando constituye un contenido específico de los derechos de defensa. Su ubicación más razonable, por sistemática, debería ser como un numeral más del ordinal segundo –como un derecho más..., valga la expresión, junto a los otros derechos-.

La regla no despeja un problema relevante: cuándo debe declararse el secreto respecto a las actuaciones policiales de las que se deriva la detención de una persona. Recuérdese que de conformidad a la Directiva 12/2012 y a lo previsto en el numeral 6º del artículo 520.2 ALECRIM es, precisamente, la declaración de reserva o secreto lo que puede justificar la limitación del acceso a los contenidos esenciales documentados sobre los que se funda la decisión de privación de libertad. Por otro lado, en el modelo original de la LECRim el secreto estricto ex artículo 302 se ordena una vez incoado el proceso penal correspondiente. Debería regularse con precisión esta cuestión importante y problemática cuestión: el momento de declaración de secreto cuando las actuaciones policiales todavía no han sido trasladadas al Juez de Instrucción y una persona ha sido detenida a consecuencia de aquellas.

No se justifica en términos de mayor y mejor protección de los derechos de defensa por qué se prescinde de la necesaria asistencia letrada a la persona detenida a quien se le requiere por los agentes policiales para que autorice la toma de muestras biológicas a los efectos y fines previstos en la Ley Orgánica 10/2007. Es cierto que el Tribunal Constitucional en las SSTC 199/2013 y 135/2014 parece relativizar dicha exigencia

pero la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha llegado a un Acuerdo Plenario en el que considera que la intervención de letrado en el contexto de detención policial asegura la libertad en la prestación del consentimiento y la calidad en la información transmitida que constituyen, no debe olvidarse, los fundamentos de legitimidad de la propia injerencia - sobre injerencias corporales y consentimiento informado, STC 37/2010-. No hay razón constitucional para reducir el espacio de protección y, además, resulta una solución asistemática en la medida en que en otras autorizaciones como, por ejemplo, para las entradas domiciliarias, se ha convenido sobre la necesidad de que el consentimiento de la persona detenida se preste con asistencia letrada.

Con relación al plazo de tres horas para la efectiva presencia del letrado designado que se establece en el último párrafo del ordinal 5 puede resultar en muchos casos insuficiente. Cabría establecer un margen temporal mayor siempre que se invoque y se acredite por el letrado designado una causa que haga razonable la demora o la tardanza. El límite de al menos seis horas, y no más de ocho, puede resultar más respetuoso con la proyección efectiva del derecho a la elección de letrado que constituye uno de los núcleos esenciales del derecho más general a la asistencia letrada y compatible, también, con el derecho de la persona detenida a la tramitación célere de la causa y a una revisión rápida y eficaz de la privación de libertad.

4.2. Art. 527.

La redacción sugiere que de la mera petición de incomunicación por parte del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial producirá efectos limitativos inmediatos. Y ello sin perjuicio de la decisión de convalidación o no que le incumbe al juez de instrucción. La fórmula con este alcance puede resultar contraria a la Constitución y a la jurisprudencia del TC sobre las condiciones de incomunicación.

La detención incomunicada debe ser objeto de derogación, para respetar el

derecho defensa de los imputados, dar cumplimiento a los requerimientos de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y acabar con un marco jurídico de excepción que abre espacios institucionales que hacen posible la tortura.

Resulta inaceptable la detención incomunicada por su incompatibilidad con las garantías que deben acompañar a la privación cautelar de libertad, en la medida que significa la suspensión de derechos básicos como el de la asistencia letrada por profesional de confianza, la entrevista reservada con el abogado antes de cualquier diligencia de interrogatorio, el derecho a comunicar el lugar de internamiento y custodia, así como la prórroga del tiempo de detención a disposición policial. Las sentencias que el Tribunal Europeo de derechos humanos (asuntos Martínez Sala, San Argimiro Isasa, Beristain Ukar, Otamendi Eiguren, Etxebarria Caballero y Ataun Rojo, en los que el España ha sido condenado) el Tribunal Constitucional han dictado declarando la vulneración del deber de investigar de manera eficaz las denuncias de torturas tuvieron origen en detenciones incomunicadas en delitos de terrorismo. Este marco jurídico de supresión y debilitamiento de garantías genera espacios institucionales dónde practicar la tortura, ya con fines confesionales, ya como venganza y humillación. No se puede olvidar que la tortura aparece allí donde la persona se enfrenta en soledad al poder, en lugares separados y secretos, donde es sometido a una relación de sometimiento que quiera todo vínculo social.

El Tribunal Europeo ha señalado *la situación de vulnerabilidad particular de las personas detenidas en régimen de incomunicación*, y requerido medidas de control adecuadas para evitar abusos contra la integridad física de los detenidos. La reforma propuesta omite dar cumplimiento a la jurisprudencia europea y degrada el estatuto jurídico de la incomunicación. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha afirmado que el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la tortura, y ha recomendado a España la supresión del régimen de

incomunicación. Ese mismo requerimiento o recomendación han dirigido a nuestro Estado otros organismos de tutela de los derechos humanos como el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Comité de Prevención de la Tortura y el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa,

5. La no remisión de atestados al Juzgado.

Una de las novedades llamativas del AP es la desaparición de la obligación de la Policía de participar al Juez o al Ministerio Fiscal el conocimiento del hecho delictivo, cuando el hecho denunciado carezca de autor conocido.

El fin evidente de dicha innovación es evitar el trabajo que genera el registro de atestados, la atribución de su conocimiento al Juzgado resultante por aplicación de las normas de reparto, la lectura y calificación de los hechos y toma de decisión correspondiente –sobreseimiento provisional por falta de autor conocido, generalmente-.

La propia Exposición de Motivos del AP lo señala expresamente al calificar dicha actividad de superflua y perturbadora.

Si pensamos en todas aquéllas denuncias que se interponen con la finalidad de cumplir el requisito exigido por las aseguradoras para tramitar los expedientes para indemnizar a un ciudadano en los términos previstos en la póliza de seguro de responsabilidad civil correspondiente, podremos, quizás, estar de acuerdo con la medida. Pero no debemos olvidar que hechos denunciados sin autor conocido los hay de muy diferente naturaleza. Y que si bien la reforma contempla la necesidad de que se de cuenta a la Autoridad Judicial de cualesquiera diligencia practicadas policialmente a raíz de la

interposición de una denuncia, el problema que suscita la reforma es la imposibilidad de controlar eventuales inactividades de investigación, a salvo que el hecho llegara por vías diferentes a la policial, a conocimiento del Juez o del Fiscal.

Problemas operativos vinculados a la organización y a los medios con los que cuentan Juzgados y Fiscalías, no debieran traducirse en medidas como la contemplada, si no mediara una reforma del modelo de instrucción. Otorgada la instrucción al Ministerio Fiscal y con una vinculación funcional e, incluso, espacial, de la Policía Judicial al Ministerio Público, denuncias por hechos delictivos sin autor conocido podrían no dar lugar a actividades adicionales como las que actualmente generan tales atestados, pero sin merma del control por parte de la institución constitucionalmente encargada de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley. Con un modelo de investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, introduciendo criterios de oportunidad reglados para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, la acción penal podría ejercerse siempre que procediera, sin dejar en manos de la Policía la posibilidad de que se dejara de perseguir delitos por criterios de funcionalidad u operatividad –sino por otros, eventualmente, ilegítimos-, que no de oportunidad reglada.

Mientras permanezca el modelo de Juez Instructor, vedar el acceso al mismo de las denuncias sin autor conocido que no fueran objeto de investigación policial, podría provocar –aunque no fuera habitualmente- falta de actuación indebida en la persecución de determinados hechos o pérdida, por retraso en el inicio de la investigación, de fuentes de prueba.

Por último, una reforma como la comentada debería tener su traducción en la regulación el trámite del proyecto de Ley Orgánica de Estatuto de la Víctima. Todo denunciante debería saber en qué casos no va obtener respuesta alguna de la Autoridad Judicial –salvo que presente denuncia ante la misma-. Por lo demás, se vuelve a observar –

al igual que sucede con la redacción que el AP da al art. 118 L.e.crim.- incoherencia o falta de sistemática legislativa, sino precipitación o descoordinación, puesto que la propuesta de nueva redacción para el art. 284 L.e.crim. es distinta a la de uno de los proyectos de ley orgánica en trámite –el del Estatuto de la Víctima- que le da una redacción diferente a la que contempla el AP y que, en concreto, no contempla la previsión analizada⁷.

5. Medidas injerentes (especialmente las intervenciones postales y telefónicas por razones de urgencia sin previa autorización judicial).

5.1. Art. 579. Detención y observación de correspondencia privada, postal y telegráfica.

La norma no identifica qué delitos pueden justificar la adopción de la medida. Sí lo hace para los supuestos excepcionales en los que el Ministro del Interior o el Secretario de Estado de Seguridad pueden acordar la medida, lo que permite interpretar que el Juez de Instrucción puede hacerlo, de concurrir los requisitos de idoneidad y necesidad, para supuestos en los que la entidad de la infracción investigada no respete el principio de proporcionalidad.

Resulta especialmente criticable que la atribución de competencia al Ministro del Interior o al Secretario de Estado de Seguridad, puesto que rompe con el principio de

⁷ El Proyecto de LO del Estatuto de la víctima del delito, en el texto aprobado por el Congreso y publicado en el BOCG de 29 de diciembre de 2014, recoge la siguiente redacción para el artículo 284.de la L.e.crim:

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. Si hubieran recogido armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo o en otra parte conocida, extenderán diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, que incluirá una descripción minuciosa para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, que podrá ser sustituida por un reportaje gráfico. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados. La incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima del delito será comunicada a la misma. La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 334».

jurisdiccionalidad. Más aún cuando no se describe qué puede considerarse supuesto de urgencia habilitante. Debe recordarse que la garantía de control judicial en la injerencia en el derecho fundamental a la privacidad en las comunicaciones postales, telefónicas, telegráficas y telemáticas forma parte de su contenido esencial y no puede, por tanto, ser desconocido por el legislador ordinario –artículo 53 CE-.

5.2 Interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Arts. 588 bis a a 588 bis o.

La previsión del AP no parece compatible con el principio de proporcionalidad al permitir la adopción de la medida injerente para delitos castigados con pena mínima de tres años –por tanto para delitos que pueden no superar los cinco años de prisión y que, por tanto, tienen la consideración, en el CP, de menos graves-.

De igual forma el simple criterio que sean cometidos en el seno de un grupo u organización criminal no parece suficiente, debería añadirse el concepto de delito grave. De igual modo el simple criterio que sean cometidos a través de instrumentos tecnológicos no parece suficiente, debería añadirse el concepto de delito grave.

Parece, además, desproporcionada que una injerencia de especial gravedad como la intervención de telecomunicaciones pueda venir justificada –como prevé el AP- para la mera localización de los efectos del delito. Quizá podría añadirse, en cambio, los supuestos de urgencia vital.

La clausula de atribución de facultades injerentes al Ministro del Interior o, en su defecto, al Secretario de Estado que se contempla en el ordinal 3 del artículo 588 puede resultar inconstitucional –en los términos antes indicados al analizar la previsión idéntica contemplada para la intervención de correspondencia-.

La fijación como límite máximo del periodo inicial de duración de la intervención –y de las sucesivas prórrogas- en tres meses no parece adecuado para asegurar el control judicial de la intervención. Parecería razonable limitarlo a un mes –con prórrogas posteriores, debidamente justificadas, por plazos idénticos-.

El plazo máximo de dos años, fundado en la subsistencia de las razones que la motivaron, debiera contemplar como elemento concurrente adicional para justificar la proporcionalidad de la medida, la gravedad del delito investigado. Además, puede resultar asistemática o incoherente con las previsiones en materia de plazos máximos de duración de la instrucción que contempla el art. 324 AP.

De igual modo –art. 588 bis 1 AP- no se comprende la razón por la que se incluye al Ministerio Fiscal, junto al Juez y a los agentes policiales designados para la obtención de datos de las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, entre aquéllos respecto de los que éstas tienen obligación de colaborar, dado que dicha obligación viene necesariamente provocada por una medida acordada judicialmente. El Fiscal podría dirigirse al juez para pedir lo que estimara oportuno.

5.3. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad –art. 588 bis q AP- e identificación de terminales mediante captación de código de identificación –art. 588 bis r AP-.

- El art. 588 bis q AP prevé 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 alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b y no constara la identificación y localización del equipo o del 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 la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

Con dicha mención parece que la policía judicial esté legitimada para tener acceso, de cualquier forma, a las direcciones IP, cuando es claro que también podría conseguirse en flagrante vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, o incluso en supuestos de delito provocado en conexión con lo dispuesto en el artículo 588 ter e. 2. Resultaría aconsejable que la ley determinase en qué casos los agentes de la policía judicial pueden tener acceso a una dirección IP y la forma de acceso.

- El art. 588 bis r AP establece que siempre que en el marco de una investigación por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b, no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y éste resulte indispensable para recabar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones.

Parece que viene a legitimar de facto la actuación de la policía judicial en la averiguación del IMSI e IMEI, sin tener en cuenta que dicha averiguación puede afectar al secreto de las comunicaciones por ir asociados a una comunicación en curso. El TC aún no se ha pronunciado. Y en otros países del entorno europeo se requiere siempre la autorización judicial para ello. No veo que existan razones de urgencia que impidan acudir al juez para autorizar la investigación del IMSI e IMEI, lo que parece más adecuado.

No parece convincente que este aspecto de la investigación quede en manos de los agentes de la policía judicial.

En varios países se establecen cautelas respecto a la utilización del IMSI catcher, dado que por sí mismos permiten a la vez escuchar las conversaciones que están teniendo lugar.

Por último, en relación a éste apartado, el art. 588 bis r prevé que una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, podrán solicitar del Juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 *bis* d. La solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios a que se refiere el apartado anterior.

No debiera bastar con poner en conocimiento por parte de la Policía Judicial que se han utilizado esos artificios, ya que la utilización de los mismos puede vulnerar el derecho fundamental al secreto las comunicaciones.

5.4. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

En el caso de la utilización de tales dispositivos en espacios privados la regla de intervención debería contemplar que la escucha directa debería limitarse a encuentros entre personas investigadas dentro del domicilio, excluyendo las conversaciones mantenidas con o por terceros no investigados, en especial cuando sean cotitulares del domicilio o familiares del investigado con el que convivan en el mismo domicilio.

Adquiere especial relevancia para el análisis de la adecuación constitucional de esta injerencia la STC alemán de 30 de marzo de 2004 por la que se declaró la inconstitucionalidad de la Ley que regulaba precisamente la escucha directa en el interior de domicilio por considerar que por el espacio donde se producía la injerencia la regulación introducía un alto riesgo no solo de comprometer de forma excesiva el derecho a la intimidad familiar y domiciliar sino la propia dignidad humana. En dicha sentencia el TC alemán introdujo una regla de prohibición de método y de objeto de prueba a partir de la identificación del contenido axiológico de la Constitución. Resulta difícil aceptar desde similares presupuestos ideológicos que el domicilio donde conviven personas ajenas al investigado y ejercen con toda su intensidad y dimensión reactiva el derecho a la vida privada y la intimidad este pueda ser objeto de una injerencia tan grave e intensa bajo presupuestos tan imprecisos, difusos y poco respetuosos con las exigencias de proporcionalidad amplia y estricta.

5.5. Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen –art. 55 bis quater AP-.

Se vuelve a prescindir de toda referencia al umbral de gravedad exigible a los delitos que serán investigados mediante dichos medios de seguimiento y localización –vid. STEDH, Caso Uzun c. Alemania-.

La duración de tres meses como plazo máximo prorrogable por otros tres puede resultar desproporcionado por el alto grado de afectación del derecho a la intimidad que comporta. El plazo primigenio de autorización debería ser más breve y la prórroga solo posible para la investigación de delitos de especial gravedad –vid. sobre medios de geolocalización la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Caso Jones c. United States (2012) en la que se tacha de desproporcionada una geovigilancia mediante GPS instalado en un vehículo por un periodo de 28 días-.

5.6. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información –art. 588 quinquies AP-.

De nuevo se detecta la ausencia de identificación del umbral de gravedad de los delitos cuya investigación puede justificar dicha injerencia en el derecho a la intimidad.

6. El proceso por aceptación de decreto.

Se introduce en el artículo 803 bis a) el proceso por aceptación de decreto, un monitorio penal 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 sujeto pasivo diera su conformidad, siendo preceptiva la asistencia letrada. Según la Exposición de Motivos, *se introduce un modelo de proceso penal de éxito en derecho comparado instaurándose un mecanismo de aceleración de la justicia penal sumamente eficaz para descongestionar los órganos judiciales y dispensar una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa, totalmente respetuoso con el derecho de defensa.*

Una vez más, la adopción de las medidas de racionalización procedimental y de suministro de recursos suficientes se sustituye por una chapuza que difícilmente podrá justificarse invocando su éxito en el Derecho comparado; porque los errores ajenos no han de servir para cometer los propios.

Ya en la regulación de los mecanismos de solución convenida entre las partes que se establecieron en el contexto del llamado Procedimiento Abreviado por Delito, se previó que, mediante la concesión de incentivos penales y una inteligente estrategia de los órganos del Ministerio Fiscal, se reduciría la litigiosidad penal.

El resultado no fue el esperado, por faltar, en España, una «cultura de la negociación» («*bargaining*») y por no haberse sabido organizar sistemas de contacto ágiles entre las acusaciones y las defensas.

Ahora se trata de introducir un denominado proceso monitorio penal, a imagen y semejanza del civil, olvidando las sustanciales diferencias que median entre las respectivas materias.

El proceso (o juicio) monitorio civil partía de la preexistencia de un documento fehaciente del que resultara un crédito –líquido y exigible- de una parte contra la otra. Esta fehacencia daba lugar a que el órgano judicial ante el que se presentaba pudiera disponer preliminarmente su ejecución, sin perjuicio de que, en caso de que el ejecutado invocase alguna de las causas de oposición taxativamente establecidas en la ley, se transformase el procedimiento en un proceso o juicio sumario no tanto –o no sólo- en el sentido de vigencia de la pauta de simplificación y aceleración de sus trámites, como en el de limitación del poder de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional.

En el proceso penal, las cosas ocurren de otro modo.

Ninguna institución puede disponer la sanción (pena) de una persona como culpable de una infracción penal si no la demuestra más allá de toda duda razonable, porque así lo exige la efectividad del derecho fundamental a la afirmación interino o presunción (impropia) de inocencia.

Por supuesto, puede abrirse el proceso a partir de una pretensión de condena penal y nada impide que, en la medida en que legalmente se autorice, ese proceso termine por conformidad de las partes homologada judicialmente.

Este sistema nada tiene que ver con este sedicente proceso por aceptación de decreto, desarrollado por el Título III bis del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Requisitos:

a).- Delito castigado con pena de multa o prisión sustituible por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

b).- Que el Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la de multa y en su caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

c).- Que no haya acusación particular o popular personada en la causa.

El Fiscal dicta un decreto de forma autónoma en el que propone la imposición de una pena de multa y en su caso una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores y también la responsabilidad civil. En dicho decreto debe hacer una mención sucinta de la prueba existente. Se remite al juez instructor que dictará auto en el que lo autoriza. En dicho auto acuerda su notificación al sujeto pasivo junto con copia del decreto y cita para la celebración de una comparecencia. En la notificación se le informa de la finalidad de la comparecencia y efectos de su incomparecencia, de la preceptiva asistencia de letrado, y la posibilidad de aceptar o rechazar la propuesta del fiscal. En la comparecencia el juez se asegura que el sujeto entiende el significado del decreto y los efectos de su aceptación, y si acepta, se dicta “resolución judicial firme” recogiendo la pena del decreto, con efectos de sentencia condenatoria firme sin posibilidad de recurso.

Se establece este proceso para los delitos leves (lo que antes eran faltas), y para los delitos castigados con penas de multa o de 1 año de prisión, excepcionalmente 2 años, sin que sea aplicable al ámbito de la violencia de género ya que no cabe en este ámbito la sustitución de la prisión por multa. Realmente no se considera que aporte nada a los juicios rápidos ni tiene la agilidad de estos. De esta forma, hay varias fases en el proceso por aceptación de decreto: primero el fiscal hace la propuesta de forma autónoma e individual, y el juez instructor convoca la comparecencia y en el plazo de 3 días convalida

el decreto en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria. En el juicio rápido, la negociación se realiza entre el fiscal y el letrado del imputado y en la misma comparecencia sobre la continuación por los trámites de juicio rápido, se alcanza la conformidad y se dicta ya en ese momento y de forma oral sentencia que adquiere firmeza. Con lo que es mucho más ágil el juicio rápido y por tanto “dispensa una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad, al menos más rápida que el proceso nuevo proyectado”, y al mismo tiempo en el juicio rápido hay intervención en la gestión de la conformidad del letrado del imputado, y este último se beneficia de la rebaja del tercio de la pena, con lo que no se observa ninguna utilidad ni ningún beneficio en el nuevo proceso.

Tampoco se llega a entender la redacción del art. 803 bis i) en lo que respecta al rodeo que hace cuando dice que si el sujeto pasivo acepta la propuesta de pena: “el juzgado de instrucción (que no juez/a) le atribuirá el carácter de resolución judicial firme que en el plazo de 3 días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria”. ¿Por qué no se limita a decir simplemente que si se acepta por el sujeto pasivo entonces el juez/a de instrucción dictará sentencia recogiendo la propuesta de pena en sus términos?. La respuesta puede venir por el hecho de que este proceso puede seguirse sin necesidad de imputar nada al sujeto pasivo, ya que incluso puede darse fuera del proceso penal estricto como es en fase de diligencias de investigación abiertas por la Fiscalía y ...*“aunque no haya sido llamado a declarar el sujeto pasivo”* (803 bis a). Así se entiende que se regule la designación de abogado para la comparecencia y que no se llame al documento judicial que aprueba la propuesta sentencia, ya que no ha habido una imputación previa al que finalmente va a resultar condenado.

Por otra parte, debería realizarse una revisión terminológica ya que el art. 803 bis c) cuando regula el contenido del decreto del fiscal dice que deberá “hacer una mención sucinta de la prueba existente”. En su caso será base indiciaria y no prueba cuando ni siquiera estamos en el contexto de un proceso judicial. En la Exposición de Motivos se

denomina a este mecanismo “modelo de proceso penal” advirtiendo que debe ser “totalmente respetuoso con el derecho de defensa”. Se puede cuestionar que sea respetuoso con el derecho de defensa cuando se orilla la garantía del art. 118 Lecrim ya que se aplica en un estadio anterior, las diligencias en sede de fiscalía, siendo el primer contacto del interesado con su abogado en el mismo momento de la comparecencia en la que debe aceptar la propuesta de pena sin que se le haya informado de nada antes, ni siquiera de que se le atribuye la comisión de un delito. Y ni siquiera hay una sentencia, sino un documento con la forma de sentencia. Realmente, ofrece más garantías el juicio rápido cuyo ámbito de aplicación comprende también el de este proceso nuevo con lo que este último no se entiende que aporte nada.

En este modelo proyectado, y también en el ámbito terminológico, se utiliza la expresión o categoría «por decreto» que sugiere una anticipación peligrosa de funciones jurisdiccionales penales administrativizadas en manos del Ministerio Fiscal. La parte acusadora no puede «decretar» nada. Decretar es disponer ejerciendo «imperium». En Derecho Procesal se resuelve contradictoriamente un conflicto y, si las partes llegan a un acuerdo que elimina el conflicto, al Juez sólo resta homologarlo con su «auctoritas» y su «potestas» y convertirlo en cosa juzgada y ejecutiva.

La Exposición de Motivos habla de modelo de proceso penal de éxito en derecho comparado, esencialmente en el Código de Procedimiento penal italiano. No obstante hay que advertir del peligro que supone trasladar en bloque instituciones o procedimientos de otros países al nuestro. En Italia, el nuevo Código de procedimiento se aprobó en 1988 implantando un modelo muy distinto al nuestro, concretamente el italiano se inspira en un modelo típicamente acusatorio que suprime la fase instructora reemplazándola por una investigación preliminar a cargo del Ministerio Público bajo el control de un Juez de las Investigaciones Preliminares. En Italia, la fase no jurisdiccional de las diligencias de investigación preliminares (lo que en el nuestro es la fase de instrucción), se desarrolla por la policía judicial bajo la dirección de la Fiscalía, y en esta fase es en la que se practican

diligencias bajo la dirección de la fiscalía, y en Italia, el fiscal desde el primer acto informa al imputado de sus derechos procesales (en España en el procedimiento por decreto no). En Italia además, en el juicio monitorio penal se le concede un premio al condenado, como por ejemplo, la pena de multa disminuida, no aplicación de penas accesorias, no se le condena en costas.

7. El decomiso autónomo.

Se regula en los artículos 803 ter a y siguientes como un procedimiento autónomo que se inicia mediante el ejercicio de la acción por la que se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos.

AMBITO DE APLICACIÓN: Las modalidades principales son el decomiso basado en condena, decomiso no basado en condena, decomiso ampliado y decomiso a terceros.

1.- Cuando el Fiscal se limite a solicitar en su escrito de acusación el decomiso de bienes pero reservando su determinación para este procedimiento.

2.-Se remite la regulación a los supuestos del artículo 127, concretamente el bis, ter, quater y quinquies, que actualmente no están en vigor y que se encuentran contenidos en el Proyecto de reforma del Código Penal, actualmente en tramitación. Lo que evidencia la característica actual de la forma de legislar en política criminal: tener en proyecto varias reformas de todo hasta el punto de remitirse unas a lo proyectado en otras. En la nueva regulación, los delitos de los que se parte para poder acudir al decomiso son los siguientes:

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 quince años

c).- delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del art. 197 y art. 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 art. 298

i).- delitos de blanqueo de capitales

j).- delitos contra la Hacienda pública y Seguridad Social de los arts. 308 y 309

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 arts. 368 a 373

n).- delitos de falsificación de moneda

o).- delitos de cohecho

p).- delitos de malversación terrorismo

q).- delitos de terrorismo

r).- delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal

Ámbito subjetivo:

a).- a las personas condenadas en virtud de sentencia por los delitos anteriores,

b).- a las personas imputadas o acusadas no juzgadas por estar en rebeldía procesal, por haber fallecido o por padecer una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento

c).- o cuando concurra una causa de exención de la responsabilidad criminal o se haya ésta extinguido. Demasiada amplitud contraria al principio de proporcionalidad.

d).- a terceras personas a las que se hayan transferido los bienes, ganancias o efectos, siempre y cuando conocieran su origen ilícito. Si este conocimiento no se acredita, se presume el mismo estableciéndose dos clases de presunciones. Primero, cuando lo hubieran tenido que sospechar por haber recibido los bienes a título gratuito o

por precio inferior al real. Segundo: cuando no hubieran sospechado como lo haría una persona diligente en su adquisición.

Ámbito material:

Si no se hubiera podido llevar a cabo la ejecución del decomiso por la naturaleza de los bienes, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el comiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del comiso inicialmente. Asimismo se podrá ampliar al comiso de bienes de origen lícito, cuando el valor de los inicialmente decomisados sea inferior al valor que tenían en el momento de su adquisición.

Según la Exposición de Motivos, la nueva regulación responde a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE, que exige a los estados miembros articular cauces para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras de decomiso. Se regula por tanto un proceso de decomiso autónomo que permite la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado.

No obstante, hay que destacar la amplia extensión de este procedimiento. Según la Directiva referida, el decomiso es un instrumento para prevenir y luchar contra la delincuencia organizada. Con la nueva regulación se aplicaría por ejemplo a un delito de hurto si el sujeto fuera reincidente. Asimismo, hay que destacar que en relación a terceros se establecen una serie de presunciones, no ya de conocimiento del origen ilícito sino de la sospecha, que puede suponer la inversión de la carga de la prueba. Y que se extiende a todo el patrimonio del sujeto, ya que se podrá ampliar a bienes de origen lícito, (el comiso por equivalente) lo que evidentemente implica la vulneración de derechos fundamentales.

PROCEDIMIENTO: Solamente puede ejercitar la acción el MF y se dirige contra aquellas personas que tengan relación con los bienes a decomisar. El procedimiento se inicia cuando el proceso del que derivan las responsabilidades penales del acusado (del que trae causa) hubiera terminado con sentencia firme de condena. En su tramitación se aplicará supletoriamente las normas del juicio civil verbal. Presentada la demanda o escrito, el juez si la admite a trámite resuelve sobre las medidas cautelares interesadas y la notificará a las partes pasivas otorgándoles el plazo de 20 días para personarse en el proceso y presentar escrito de contestación. Si el demandado no presenta contestación el juez acordará el decomiso. Si presenta escrito, el juez dicta auto convocando a las partes a una vista y resolviendo sobre la prueba propuesta. El juicio se desarrolla conforme el art. 433 LEC y el juez dictará en 20 días sentencia. Si desestima la oposición, impondrá las costas al demandado incluyendo el coste del procedimiento causado al Estado. Los bienes decomisados tendrán el destino establecido en el CP y la suma obtenida con su venta cubrirá las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. Si sobra dinero se destinará a programas de prevención del delito o protección de las víctimas del delito. Será el Ministerio de Justicia quien determine los perjudicados por el hecho punible y la fijación de las indemnizaciones a satisfacer con el producto del decomiso. El procedimiento es muy confuso.

El MF podrá realizar las diligencias de investigación que considere necesarias para localizar los bienes, y para ello las Autoridades y funcionarios a quienes pida su colaboración estarán obligados a prestarla, incluso el secretario judicial que cuando se lo pida el fiscal se dirigirá a las entidades financieras, organismos y registros públicos para que faciliten relación de bienes o derechos del ejecutado. Si aparecen más bienes, el MF podrá solicitar al juez que dicte una nueva orden de decomiso. No alude la reforma a la creación de la Oficina de recuperación de activos a la que se refiere el Anteproyecto de Lecrim de 2011.

RECURSO CONTRA LA SENTENCIA: Los recursos del procedimiento abreviado.

Debe tenerse en cuenta que en la Disposición final segunda, apartado once, del Proyecto de Código Penal aprobado recientemente por el Congreso de los Diputados en la Sesión de 21 de febrero de 2014 se introduce un nuevo Capítulo en el título VIII del Libro IV - arts. 846 bis b) a d) que regula “la intervención en el proceso penal de los que pueden resultar afectados por el comiso”. Regula la decisión de comiso en el procedimiento principal –en la causa por delito-.

8. Generalización de la segunda instancia penal.

Se introduce un artículo 846 ter con el siguiente contenido:

«... 1. 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 son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverá las apelaciones en sentencia.

2. Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las Salas de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres Magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.

3. 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....»

Esta norma constituye un ejemplo patente del divorcio entre la Comisión institucional redactora y la realidad cotidiana.

Esa realidad enseña que a diario se plantean graves problemas en relación con al menos los siguientes extremos:

[a] alcance y eficacia de la intervención adhesiva en relación con el recurso principal, al discutirse si la interposición de éste legitima a la contraparte, cuando se adhiere al recurso principal, a introducir un objeto distinto y aun contradictorio con la pretensión recursiva de aquélla;

[b] posibilidad de práctica de prueba en segunda instancia y sus posibles límites, lo que remite al análisis de la doctrina constitucional construída en torno a la valoración de la prueba en primera instancia en caso de pretensión de revocación de una sentencia total o parcialmente absolutoria;

[c] tratamiento procesal de los casos de pérdida sobrevinida de objeto del recurso como consecuencia del desistimiento del recurrente o de alcance de una solución transaccional del conflicto entre las partes.

Nada de esto es objeto de regulación en el Anteproyecto,

Añádase a lo anterior que sus redactores parecen olvidar que la garantía de la revisión en vía de recurso no se encuentra en la presunción de mayor preparación o experiencia del órgano de apelación, sino en la concurrencia de un número superior de sus miembros, lo que favorece una mayor pluralidad de opiniones concurrentes.

Este despropósito ya se consumó con ocasión de laa revisión de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción (unipersonal) en juicio de faltas, decidida por una sección no menos unipersonal de la Audiencia Provincial.

Sólo razones de cicatería presupuestaria explicaron este tratamiento que ahora se repite con ocasión de las apelaciones contra resoluciones de las Audiencias Provinciales.

No se propone modificación alguna de la planta judicial, pese a que, por ejemplo, la generalización del recurso de apelación a todos los modelos procesales penales y la atribución de competencia para conocerlo a las Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia representará un incremento intolerable de su carga competencial, en algunos de ellos ya desbordada por la instrucción de casos de corrupción de extraordinaria complejidad, al carecer –al igual que el Tribunal Supremo- de los imprescindibles Juzgados de Instrucción.