



FISCALÍA GENERAL  
DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

Presidenta

## **INFORME DEL CONSEJO FISCAL**

### **ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros  
en fecha 24 de noviembre de 2020



## ÍNDICE

<b>1. Antecedentes.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Función consultiva del Consejo Fiscal.....</b>	<b>4</b>
<b>3. Descripción del contenido.....</b>	<b>6</b>
<b>4. Consideraciones previas y justificación de la propuesta legislativa.....</b>	<b>12</b>
<b>5. Sistemática del informe del Consejo Fiscal.....</b>	<b>22</b>
<b>6. Consideraciones principales sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal.....</b>	<b>23</b>
6.1 Agilización de la justicia penal y mejora de la eficacia procesal.....	23
6.2 La atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal: las exorbitantes funciones atribuidas al juez de garantías.....	31
6.3 El modelo de juez de garantías y el diseño constitucional de la función jurisdiccional.....	45
6.4 Incoación del procedimiento de investigación por el Ministerio Fiscal.....	64
6.5 Valor probatorio de las diligencias practicadas durante el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal.....	70
6.6 Sistema de plazos procesales en el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal.....	77
6.7 Configuración del sobreseimiento: la cuestionable renuncia definitiva al ejercicio del <i>ius puniendi</i> .....	81



6.8 Ausencia de previsión de una oficina fiscal dotada de medios suficientes.....	85
6.9 Régimen de documentación de las actuaciones: gestión documental y omisión de desarrollo normativo del expediente judicial electrónico.....	88
6.10 Otros aspectos procesales no abordados en el Anteproyecto.....	99
<b>Adenda primera (Título Preliminar. Libro I. Disposiciones generales)</b> .....	<b>102</b>
<b>Adenda segunda (Libro II. De las medidas cautelares)</b> .....	<b>222</b>
<b>Adenda tercera (Libro III. De las diligencias de la investigación)</b> .....	<b>266</b>
<b>Adenda cuarta (Libro IV. Del procedimiento de investigación)</b> .....	<b>468</b>
<b>Adenda quinta (Libro V. De la fase intermedia)</b> .....	<b>524</b>
<b>Adenda sexta (Libro VI. Del juicio oral)</b> .....	<b>542</b>
<b>Adenda séptima (Libro VII. Los recursos y la revisión de sentencias firmes).....</b>	<b>564</b>
<b>Adenda octava (Libro VIII. De los procedimientos especiales).....</b>	<b>601</b>
<b>Adenda novena (Libro IX. Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales).....</b>	<b>655</b>



## 1. Antecedentes

Por medio de comunicación de fecha 23 de febrero de 2021 el Sr. Secretario de Estado de Justicia remitió a la Fiscalía General del Estado el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (en adelante ALECrim), acompañado de una memoria de análisis de impacto normativo, al objeto de que por el Consejo Fiscal se emitiera el preceptivo informe.

El oficio justifica su remisión en cumplimiento de lo previsto en el art. 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF).

## 2. Función consultiva del Consejo Fiscal

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.4.j) EOMF, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

En tanto el Anteproyecto incide intensamente en los tres aspectos señalados en el art. 14.4.j) EOMF, el presente documento ofrece cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la indicada legislación orgánica del Ministerio Fiscal, expresando el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto.

Debe dejarse constancia de que en fecha 29 de abril de 2021 el Fiscal Jefe Inspector dirigió comunicación a la Secretaría de Estado de Justicia en la que se hacía saber que, dada la trascendencia y volumen del Anteproyecto y el importante esfuerzo de dedicación y análisis que el texto exige, su evaluación se acometería en varias sesiones del Consejo Fiscal, siendo imposible realizar el informe en el plazo de treinta días.



Siguiendo la práctica tradicional de esta institución en cuanto al dictamen de proyectos normativos de especial relevancia para el Ministerio Fiscal —véase informe del Consejo Fiscal sobre el Reglamento de la carrera fiscal de 14 de octubre de 2011 o la propuesta de Código Procesal Penal de 2013—, en el análisis de este Anteproyecto han participado activamente todos los integrantes de la carrera fiscal que, conforme al art. 24.4 EOMF, celebraron juntas extraordinarias en sus respectivos órganos y realizaron múltiples y valiosas aportaciones al texto prelegislativo sometido a dictamen de este Consejo Fiscal. Las observaciones recibidas han sido evaluadas y, en algunos casos, se han incorporado al presente informe.

Asimismo, debe subrayarse que también se ha contado con la inestimable colaboración de los integrantes de Ministerios Públicos de diversos países europeos e iberoamericanos cuyas legislaciones atribuyen la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Así las cosas, durante los meses de febrero a mayo de 2021 se celebraron reuniones con distintas delegaciones extranjeras en que se analizaron las más variadas cuestiones de carácter procesal y orgánico asociadas a la implementación del modelo procesal acusatorio o adversarial y, muy singularmente, a la atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal. En concreto, se realizaron reuniones virtuales con miembros de las Fiscalías de México (8 de febrero), Argentina (23 de febrero), Uruguay (11 y 25 de febrero), Portugal (4 de marzo y 4 de mayo), Chile (6 de abril), Costa Rica (12 de abril), Italia (5 de mayo) y Francia (6 de mayo).

Finalmente, en la confección del presente informe se ha tenido en cuenta información facilitada por los/as magistrados/as de enlace de Francia, Bélgica y Países Bajos.



### 3. Descripción del contenido

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal consta de una exposición de motivos y un total de 982 artículos repartidos a lo largo de un Título Preliminar y nueve libros, así como de dos disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales, distribuidos del siguiente modo:

- Título preliminar.

Capítulo I. Principios generales del proceso. Capítulo II. Principios generales de la restricción de derechos fundamentales. Capítulo III. Derecho a la presunción de inocencia. Capítulo IV. Derechos de la persona encausada a la defensa, al conocimiento de la acusación y a no declarar contra sí misma. Capítulo V. Garantías del proceso equitativo.

- Libro I. Disposiciones generales

- Título I. Los tribunales del orden penal. Capítulo I. La jurisdicción de los tribunales penales. Capítulo II. La competencia de los tribunales penales. Capítulo III. Control de los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia.
- Título II. Los sujetos del proceso penal. Capítulo I. La persona encausada. Capítulo II. La persona encausada con discapacidad. Capítulo III. La persona jurídica encausada. Capítulo IV. El Ministerio Fiscal. Capítulo V. El estatuto de la víctima en el proceso penal. Capítulo VI. Las acusaciones. Capítulo VII. Las partes civiles.
- Título III. Régimen general de las actuaciones, las resoluciones y las pruebas. Capítulo I. Régimen general de las actuaciones. Capítulo II. La publicidad de las actuaciones. Capítulo III. La documentación de las actuaciones. Capítulo IV. Los gastos y costas procesales. Capítulo V. La



- forma y los efectos de las resoluciones. Capítulo VI. Las reglas generales sobre la práctica de la prueba en el proceso penal.
- Título IV. Las formas especiales de terminación del procedimiento penal. Capítulo I. La terminación por conformidad. Capítulo II. La terminación por razones de oportunidad. Capítulo III. La justicia restaurativa.
  - Libro II. De las medidas cautelares
    - Título I. Disposiciones generales.
    - Título II. Las medidas cautelares personales. Capítulo I. La detención. Capítulo II. La libertad provisional. Capítulo III. La prisión provisional. Capítulo IV. Disposiciones comunes. Capítulo V. Detención y prisión provisional en procedimientos de extradición y análogos.
    - Título III. Las medidas cautelares reales. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Medidas cautelares específicas. Capítulo III. Medidas para garantizar la efectividad del decomiso. Capítulo IV. Otras medidas cautelares.
    - Título IV. Especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública.
    - Título V. Medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas y a otras entidades.
  - Libro III. De las diligencias de investigación
    - Título I. Los medios de investigación relativos a la persona investigada. Capítulo I. La identificación visual. Capítulo II. La acreditación de la edad y los antecedentes de la persona investigada. Capítulo III. La declaración de la persona investigada. Capítulo IV. Las inspecciones e intervenciones corporales. Capítulo V. Investigación mediante observación psiquiátrica. Capítulo VI. Investigaciones mediante marcadores de ADN. Capítulo VII. Diligencias de detección de



- alcoholemia y de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Título II. Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas. Capítulo I. Disposiciones comunes. Capítulo II. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Capítulo III. La interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes. Capítulo IV. La interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido.
  - Título III. Observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen.
  - Título IV. Los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registros informáticos. Capítulo I. La entrada y registro. Capítulo II. El registro de libros, papeles, efectos y documentos. Capítulo III. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Capítulo IV. Registros remotos sobre equipos informáticos. Capítulo V. Medidas de aseguramiento.
  - Título V. Los medios de investigación relativos al cuerpo del delito. Capítulo I. La inspección ocular. Capítulo II. La cadena de custodia. Capítulo III. La destrucción y realización anticipada de efectos. Capítulo IV. La autopsia. Capítulo V. La exhumación. Capítulo VI. La reconstrucción de hechos.
  - Título VI. Los medios de investigación relativos al examen de testigos y peritos. Capítulo I. La declaración testifical. Capítulo II. El examen pericial. Capítulo III. Los médicos forenses.
  - Título VII. Las investigaciones encubiertas. Capítulo I. La circulación y entrega vigiladas. Capítulo II. El agente encubierto. Capítulo III. Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación.
  - Título VIII. Los medios de investigación basados en datos protegidos.



- Libro IV. Del procedimiento de investigación
  - Título I. Disposiciones generales.
  - Título II. La denuncia.
  - Título III. La actividad investigadora de la Policía. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. El contenido de la actividad investigadora. Capítulo III. El atestado. Capítulo IV. Las actuaciones ordenadas por el Fiscal.
  - Título IV. El procedimiento de investigación. Capítulo I. La iniciación de la investigación. Capítulo II. La persona investigada. Capítulo III. La intervención de las acusaciones.
  - Título V. El control judicial de la actividad investigadora. Capítulo I. Dilación indebida del procedimiento de investigación. Capítulo II. La declaración de secreto. Capítulo III. La autorización judicial de las diligencias de investigación. Capítulo IV. La impugnación de los decretos del Fiscal.
  - Título VI. La conclusión de la investigación. Capítulo I. Conclusión y archivo. Capítulo II. Conclusión y continuación.
  - Título VII. La reapertura de la investigación.
  - Título VIII. El incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba.
  
- Libro V. De la fase intermedia
  - Título I. Escritos de acusación y defensa. Capítulo I. El escrito de acusación. Capítulo II. El escrito de defensa.
  - Título II. Procedimiento de la fase intermedia. Capítulo I. Presentación de los escritos de defensa. Capítulo II. Audiencia preliminar.
  - Título III. Resolución del Juicio de acusación. Capítulo I. Depuración de la prueba ilícita. Capítulo II. Sobreseimiento.
  - Título IV. La apertura del juicio oral.



- Libro VI. Del juicio oral
  - Título I. La preparación del juicio oral. Capítulo I. La admisión de la prueba. Capítulo II. El señalamiento del juicio y la práctica anticipada de prueba.
  - Título II. Disposiciones generales sobre el acto del juicio. Capítulo I. Los requisitos para la celebración del juicio oral. Capítulo II. La forma de celebración del juicio oral.
  - Título III. El desarrollo del juicio oral. Capítulo I. Las actuaciones previas a la práctica de la prueba. Capítulo II. La práctica de la prueba.
  - Título IV. La conclusión del juicio oral.
  - Título V. La sentencia.
  
- Libro VII. Los recursos y la revisión de sentencias firmes
  - Título I. Disposiciones generales. Capítulo I. Reglas generales sobre el ejercicio del derecho al recurso. Capítulo II. Reglas procesales comunes.
  - Título II. Recursos contra las resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia. Capítulo I. Recurso de reposición. Capítulo II. Recurso de revisión. Capítulo III. Supuestos especiales de impugnación.
  - Título III. Recursos contra autos. Capítulo I. Recurso de reforma. Capítulo II. Recurso de apelación. Capítulo III. Recurso de queja.
  - Título IV. Recursos contra las sentencias. Capítulo I. Recurso de apelación. Capítulo II. Recurso de casación.
  - Título V. La revisión de sentencias firmes. Capítulo I. El juicio de revisión. Capítulo II. La anulación de sentencias dictadas en ausencia. Capítulo III. La revisión de sentencias firmes por cambio legislativo o declaración de inconstitucionalidad.



- Libro VIII. De los procedimientos especiales
  - Título I. Los procedimientos urgentes. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. El procedimiento de enjuiciamiento rápido. Capítulo III. El procedimiento de enjuiciamiento inmediato.
  - Título II. El procedimiento por delito privado.
  - Título III. El procedimiento contra personas aforadas. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Reglas especiales para diputados y senadores.
  - Título IV. Procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Iniciación del procedimiento de investigación. Capítulo III. Impugnación excepcional de la incoación del procedimiento. Capítulo IV. Tramitación procedimiento y terminación de la investigación.
  - Título V. El juicio por delitos leves. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Actuaciones previas al juicio. Capítulo III. Preparación del juicio por delito leve. Capítulo IV. El juicio por delito leve.
  - Título VI. Procedimiento de decomiso autónomo. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Actuaciones preparatorias. Capítulo III. Legitimación y comparecencia de las partes. Capítulo IV. Procedimiento. Capítulo V. Sentencia y efectos.
  - Título VII. Procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución.
  
- Libro IX. De la ejecución penal
  - Título I. Disposiciones generales. Capítulo I. Principios del proceso de ejecución. Capítulo II. El tribunal de ejecución. Capítulo III. Sujetos de la ejecución. Capítulo IV. Procedimiento general de ejecución.
  - Título II. Reglas especiales para la ejecución de las penas privativas de libertad. Capítulo I. La ejecución de la pena de prisión. Capítulo II. La



libertad condicional. Capítulo III. Especialidades de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable. Capítulo IV. La ejecución de la pena de localización permanente. Capítulo V. Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

- Título III. Reglas especiales de la ejecución de penas privativas de derechos. Capítulo I. Las penas privativas del derecho a la libre deambulación y comunicación. Capítulo II. Las penas privativas de otros derechos.
- Título IV. Régimen especial de la ejecución de las medidas de seguridad.
- Título V. La ejecución de penas o medidas de contenido patrimonial. Capítulo I. La ejecución de la pena de multa. Capítulo II. La ejecución de los decomisos acordados en sentencia.
- Título VI. Especialidades para la ejecución de las penas y medidas impuestas a las personas jurídicas.
- Título VII. La ejecución de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil y el pago de costas. Capítulo I. La ejecución de la responsabilidad civil. Capítulo II. El pago de las costas procesales.
- Título VIII. Destrucción de efectos y muestras y borrado de datos.

#### **4. Consideraciones previas y justificación de la propuesta legislativa**

Se ha señalado por la doctrina que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 culminó el proceso legislativo liberal iniciado por la Constitución española de 1812. La Constitución de Cádiz sentó los mimbres que permitieron la sustitución del procedimiento penal escrito, secreto y de naturaleza inquisitiva del antiguo régimen por un modelo acusatorio formal o mixto, claramente influenciado por el *Code d'Instruction Criminelle* de 1808.

Tras la derogación de la Constitución de 1812, operada por el Decreto de Fernando VII de 4 de mayo de 1814, las Cortes Generales declararon, en virtud



de Real Decreto de 7 de septiembre de 1837, la vigencia del Título V de la Constitución de Cádiz («de los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal»).

Este Título V sentó las bases para la separación de los Poderes Ejecutivo y Judicial, proclamando en su artículo 242 el principio de exclusividad jurisdiccional al establecer que «la potestad de aplicar las leyes en causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales».

Asimismo, su artículo 243 rezaba que «ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales», mientras que el artículo 245 disponía que «los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

Previamente, el Reglamento provisional para la administración de justicia, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1835, introdujo la necesidad de diferenciar entre juez y acusador, creando la figura del fiscal —y del promotor fiscal—, cuyas funciones resultaban muy próximas a las que actualmente reconoce el vigente ordenamiento jurídico al Ministerio Público.

Sin embargo, la aprobación del primer código procesal penal aún se haría esperar algunos años más. No fue sino hasta el 22 de diciembre de 1872 cuando vio la luz la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal que constituye el antecedente directo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta norma implementó por vez primera en nuestro país un sistema acusatorio formal o mixto realmente avanzado, atribuyendo la dirección de la investigación criminal al juez de instrucción y el ejercicio de la acción penal pública al Ministerio Fiscal, delimitando con nitidez la fase de instrucción y la de juicio oral cuyo conocimiento se atribuyó a órganos distintos.



El 22 de junio de 1882 se promulgó la Ley de Bases que autorizó al Gobierno a redactar y publicar la que a la postre sería la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley Enjuiciamiento Criminal de 1882 hunde sus raíces en la filosofía político-liberal de la segunda mitad del siglo XVIII que, ante todo, concibió el proceso como el vehículo a través del que garantizar la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas ante la ley gracias a la aplicación de los principios de necesidad e irrenunciabilidad de las penas, frente a la discrecionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* que hasta entonces había tenido lugar.

La vigente ley se erigió en uno de los códigos procesales más avanzados de Europa. Sus principales características residieron en dividir el proceso penal en tres fases claramente diferenciadas, consagrar la figura de la acusación particular, fortalecer el derecho de defensa dentro de la instrucción, así como proclamar el derecho a ser juzgado en un juicio público y el derecho a no ser condenado sino con arreglo a auténticas pruebas practicadas bajo los principios de contradicción y publicidad.

A pesar de las sucesivas reformas a que se vio sometida la Ley de Enjuiciamiento Criminal durante los dos primeros tercios del siglo XX, la legislación procesal española no participó —hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978— de la transformación de signo garantista que tras la Segunda Guerra Mundial experimentaron los sistemas procesales de buena parte de los países de la Europa occidental y que consistieron en esencia en la ampliación y reforzamiento de los derechos humanos y las garantías procesales, así como en la configuración de un sistema acusatorio de signo adversarial con atribución de la investigación criminal al Ministerio Fiscal.

Desde finales de los años ochenta del pasado siglo —principios de los noventa en Iberoamérica—, la gran mayoría de los códigos procesales europeos fueron



objeto de reformas de gran calado que implicaron un cambio de paradigma en la orientación del modelo procesal.

Tal y como ha señalado la doctrina, la senda del garantismo en España se recorrió a gran velocidad a partir del año 1978. El carácter normativo de la Constitución, el valor hermenéutico vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como la necesaria adaptación de la normativa interna a los diversos convenios y compromisos internacionales suscritos por nuestro país, contribuyeron a alcanzar una legislación procesal propia de un Estado constitucional y democrático de derecho moderno sin que, justo es decirlo, el hecho de haber mantenido la dirección de la investigación criminal en manos de los jueces de instrucción repercutiera negativamente a la hora de recorrer tan meritoria senda.

Tras la entrada en vigor de la Constitución española se sucedieron más de cincuenta reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de entre las que destacan las operadas por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre; la LO 14/1983, de 12 de diciembre, *por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*; la LO 10/1984, de 26 de diciembre; la LO 7/1988, de 28 de diciembre, *de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal*; o la Ley 10/1992, de 30 de abril, *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*.

Desde el año 2000 hasta la actualidad han sido múltiples las reformas introducidas al objeto de mejorar la eficacia del proceso penal. Destacan la Ley 38/2002, de 24 de octubre, *de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*; la



LO 8/2002, de 24 de octubre, *complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*; la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*; la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*; la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*; 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*; o la Ley 2/2020, de 27 de julio, *por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

También han sido numerosas las reformas que se han abordado a fin de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la normativa europea. Dan buena muestra de ello la Ley 18/2006, de 5 de junio, *para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*; la Ley 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*; la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*; la LO 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 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*; o 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*.

Las diversas reformas operadas durante los últimos cuarenta años han contribuido a diseñar un modelo procesal avanzado que, además de resultar plenamente respetuoso con la Constitución, se adecúa a los postulados del



ordenamiento jurídico europeo. Hoy en día nuestra legislación procesal se encuentra en perfecta sintonía con los diversos instrumentos jurídicos aprobados por la Unión Europea en el marco del *plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos y acusados en procesos penales*, aprobado por el Consejo en el año 2009 y, en concreto, con la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales; la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales; la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado, a informar de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares; la Directiva (UE) 2016/343, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; y la Directiva (UE) 2016/1919, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

En el momento actual una homogeneización con el derecho procesal penal europeo pasa por la transposición de las anteriores directivas, así como por la asimilación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues no existe en la Europa occidental un modelo común de proceso penal.

Algunos países como Francia o Portugal conservan la figura del juez de instrucción, aunque convive con un fiscal investigador a quien corresponde la dirección de la investigación de la mayor parte de los delitos. En otros países como Italia, Holanda o Alemania, la dirección de la investigación criminal se atribuye de modo exclusivo y excluyente al Ministerio Fiscal. En todos ellos el estatuto procesal de la persona investigada presenta notables diferencias y con carácter general los diversos sistemas procesales de nuestro entorno suelen coincidir al reducir notablemente las posibilidades de intervención del sujeto pasivo del procedimiento durante la fase de investigación, permitiendo que esta se desarrolle a sus espaldas durante buena parte de la misma. Igualmente, las



posibilidades de intervención contradictoria durante la investigación preliminar también resultan, por lo general, sumamente reducidas, no permitiéndose en buena parte de los países la impugnación de las decisiones del Ministerio Público.

Las anteriores consideraciones revelan la dificultad de promover una reforma en clave europea de la legislación procesal española pues lo cierto es que hoy por hoy no existe un *proceso penal europeo tipo* que así lo permita. Por lo demás, deben rechazarse las propuestas que reduzcan el proceso de europeización de nuestra legislación procesal a la mera atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal pues ello constituiría una simplificación difícilmente aceptable.

El concreto diseño de un sistema procesal criminal aparece en realidad condicionado por múltiples factores. Abstracción hecha de quién sea designado como director de la investigación criminal, para determinar las líneas maestras de un modelo procesal resultará particularmente relevante precisar el estatuto concedido a las personas investigadas y acusadas, así como en menor grado las posibilidades de intervención de las perjudicadas y ofendidas, las distintas fases procesales existentes y su específico contenido, o las facultades de investigación atribuidas a la policía y al Ministerio Fiscal.

Tales razonamientos en ningún caso se diluyen tras la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Merece la pena subrayar que la remendada Ley de Enjuiciamiento Criminal que actualmente rige en nuestro país ha logrado implementar los postulados del «juicio justo» en terminología anglosajona, «equitativo» conforme al art. 6 CEDH o «con todas las garantías» en palabras del art. 24 CE, instaurando un



modelo de proceso penal plenamente respetuoso con los principios de publicidad e inmediación, con el derecho de defensa, de igualdad de armas y de contradicción en todas las fases del proceso, de acceso a la segunda instancia, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas o a los principios acusatorio y de legalidad procesal.

Con todo, la reforma del sistema procesal penal español, sin resultar inaplazable, sí parece ciertamente aconsejable, pues son múltiples las ventajas que presenta la atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Como ha señalado la doctrina, la dimensión del conflicto penal que caracteriza a las sociedades posindustriales supera actualmente en no pocas ocasiones la capacidad de respuesta de las instituciones penales.

Cuando los diferentes legisladores del siglo XIX concibieron lo que habría de ser el nuevo proceso penal, superando el sistema inquisitivo, no tuvieron en mente la complejidad de muchos de los delitos que actualmente se persiguen. Ello aconseja incorporar al presente informe, desde el escrupuloso respeto por la iniciativa legislativa del Gobierno, una reflexión general sobre el proceso legislativo emprendido, así como acerca de la necesaria estabilidad de la legislación procesal penal y la coherencia sistemática que debe presidir la elaboración del ordenamiento jurídico.

Hubiera resultado conveniente que la aprobación del texto que ahora se somete a nuestro parecer fuese precedida de una completa auditoría del sistema procesal dirigida a determinar con rigor los problemas funcionales existentes en la actualidad, definiendo las causas y diseñando una estrategia de soluciones combinadas. Tarea para la que, sin ningún género de dudas, resultaría esencial recabar previamente el parecer de los principales operadores implicados, entre los que obviamente se encuentran jueces y magistrados, abogados, policías, procuradores, médicos forenses, académicos,



letrados de la administración de justicia y, desde luego, también, fiscales. La experiencia acumulada por todos ellos durante décadas de aplicación y estudio de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal hubiera resultado de gran utilidad para la elaboración y enriquecimiento de un texto que de ese modo resultaría técnicamente más correcto y operativo para la consecución de los objetivos que deben presidir cualquier código procesal penal moderno y avanzado.

La escasez de medios y recursos públicos, la excesiva dilación de la respuesta estatal frente a una creciente criminalidad, la proliferación de una delincuencia cada vez más compleja, transfronteriza y dinámica o la discordancia de nuestra legislación procesal con los modelos de derecho comparado más cercanos, han contribuido a que la mayoría de los operadores jurídicos coincida en la necesidad de acometer una reforma estructural de nuestro sistema penal que consiga armonizar la agilidad y eficacia del procedimiento con los derechos y garantías del justiciable —derecho al proceso legalmente debido (*due process of law*) o con todas las garantías (art. 24.2 CE)—, un sistema en el que un tercero ajeno a la contienda y llamado a ejercer la potestad jurisdiccional (art. 117.3 y 4 CE) garantice los intereses de las partes desde una posición de efectiva imparcialidad.

A este fin modernizador de la justicia penal española respondieron el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013, documentos prelegislativos que, según la propia exposición de motivos del Anteproyecto de 2020, «constituyen referentes primordiales de la presente ley, pues son textos que recogen décadas de trabajo conjunto dirigido a la consecución de un empeño que trasciende cualquier color político: proporcionar a la sociedad española una justicia penal moderna, ágil y garantista».

La exposición de motivos del actual Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal anuncia los fines principales de la reforma cuando



señala que «[e]l ambicioso sistema de garantías procesales que fue establecido en 1978 solo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido en el proceso. Debe, por tanto, garantizarse que el juez siga tutelando de forma efectiva los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad. Este objetivo y el de un mayor fortalecimiento del derecho de defensa son los ejes fundamentales del texto que ahora se presenta».

El Consejo Fiscal no puede sino compartir estos dos propósitos esenciales del prelegislador, sin perjuicio de alertar de que la pretendida regeneración de nuestro sistema procesal no puede postergar una finalidad que debe presidir igualmente un proyecto de tal envergadura y trascendencia para el servicio público de la justicia, como lo es la instauración de un procedimiento ágil y eficiente que satisfaga el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de víctimas y perjudicados en un tiempo razonable.

Por ello, pese a que lamentamos que un anteproyecto legal de tamaña repercusión para el Ministerio Fiscal no haya contado con el asesoramiento, opinión o parecer previo de esta institución, llamada a asumir un rol absolutamente protagónico en este nuevo sistema de justicia criminal, celebramos la voluntad del prelegislador de transformar el actual proceso penal y alterar la vigente dirección de la investigación criminal. Esta opción legislativa resulta más coherente con la configuración constitucional del Ministerio Fiscal —integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial— como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE), así como con las funciones constitucionalmente asignadas a jueces y magistrados en cuanto titulares de la potestad jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) y como garantes de derechos en aquellos supuestos expresamente previstos por la ley (art. 117.4 CE).



Ahora bien, como se desarrollará a lo largo del presente informe, consideramos que la aspiración proclamada por el Anteproyecto de proporcionar a la sociedad española una justicia penal moderna, ágil y garantista, encuentra serios impedimentos en su propio articulado.

Por último, conviene precisar que la posibilidad de valorar la corrección técnica y operativa del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Gobierno se encuentra actualmente ante un obstáculo difícilmente franqueable. La reforma del proceso penal supone la del completo sistema de justicia penal, de ahí que su bondad solo pueda ser evaluada mediante el análisis sistemático de la totalidad de las reformas que deben acompañar a este texto prelegislativo. Sin ánimo alguno de exhaustividad, resulta fundamental conocer si el legislador modificará el actual sistema de prescripción del delito al objeto de permitir que el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal interrumpa la prescripción, así como los términos en que pueda tener lugar; valorar la posible reforma del Código Penal a fin de determinar si se ofrecerá una nueva redacción a los delitos contra la administración de justicia que acomode su actual tenor al nuevo diseño procesal; determinar el nuevo contenido que se ofrezca a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley de Demarcación y Planta Judicial o a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; o examinar en profundidad la imprescindible reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que dote a nuestra institución de mayores cotas de autonomía respecto del Poder Ejecutivo, imprescindible para el éxito de esta reforma procesal.

## **5. Sistemática del informe del Consejo Fiscal**

La relevancia que para el Ministerio Fiscal supone el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal no solo por la transformación del actual modelo procesal, sino por la radical repercusión que su puesta en marcha



supondrá en la organización y funcionamiento de esta institución, aconseja que el Consejo Fiscal varíe el formato usualmente utilizado en la emisión de informes de proyectos legislativos procedentes del Ejecutivo.

Se ha optado por la elaboración del presente documento *principal* que aborda de manera ágil y condensada el análisis de aquellos aspectos del Anteproyecto que presentan mayor incidencia para el Ministerio Fiscal, así como la de aquellas cuestiones que en nuestra opinión merecen mayor reflexión, dada su singular importancia y repercusión para nuestra institución. Con ello se pretende que tanto el prelegislador, como posteriormente el legislador, puedan examinar con mayor comodidad los aspectos más relevantes sobre los que este Consejo Fiscal desea expresar su parecer.

Este documento se acompaña de nueve adendas, una por cada uno de los libros que componen el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, en las que se realiza un tratamiento pormenorizado de cada una de las materias que son objeto de regulación. Se pretende, de ese modo, conjugar la claridad expositiva que permite la menor extensión y generalidad de un informe *principal* como el presente que se limita a trazar las ideas clave que este Consejo Fiscal desea trasladar con el rigor y exhaustividad que el análisis de una norma tan relevante merece y que solo puede conseguirse mediante el examen detallado de todo su articulado.

## **6. Consideraciones principales sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal**

### **6.1 Agilización de la justicia penal y mejora de la eficacia procesal**

Desde hace largo tiempo la sociedad española demanda una urgente y profunda modernización de nuestro sistema procesal penal. Las nuevas



exigencias de una sociedad que cada día resulta más dinámica y compleja, la constatación de un progresivo y alarmante aumento de la litigiosidad en los distintos órdenes jurisdiccionales, la creciente dificultad para combatir las nuevas formas de criminalidad organizada, así como las modernas y sofisticadas formas de delincuencia económica, urbanística, medioambiental y administrativa, aconsejan abordar de una vez por todas la perentoria necesidad de acometer una revisión estructural de nuestro sistema procesal penal mediante la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tras dos décadas desde la aprobación del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, las principales propuestas de reforma legislativa que allí se consensuaron, y que en su mayor parte no fructificaron, siguen resultando plenamente necesarias. Aún hoy resulta indispensable que la justicia actúe con mayor rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complejos. Objetivo que tan solo puede satisfacerse acometiendo una reforma en profundidad del proceso penal que permita a la administración de justicia cumplir satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de la ciudadanía y de proporcionar seguridad jurídica, actuando con pautas de comportamiento y decisión previsibles. En conclusión, la modernización del sistema procesal penal español mediante la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal parece responder a una necesidad ciertamente apremiante, reivindicación que el propio legislador de 1995 proclamó en la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado*.

Debe, por ello, aplaudirse la iniciativa del Gobierno de España de promover una reforma legislativa que, según proclama el texto prelegislativo en su exposición de motivos, pretende la implementación de un proceso penal ágil y exento de dilaciones indebidas, pero que al mismo tiempo permita dar una respuesta efectiva a modalidades delictivas cada vez más sofisticadas y complejas. Ciertamente, no puede sino convenirse en que si los fenómenos



delictivos no son hoy los mismos que hace dos siglos, la norma que regula su enjuiciamiento tampoco debe serlo, pues de lo contrario difícilmente podrá satisfacer la función social que se encuentra llamada a cumplir.

Toda reforma procesal debe aspirar a mejorar la situación preexistente. Para ello, haciendo nuestras las palabras pronunciadas por ALONSO MARTÍNEZ el 14 de septiembre de 1882 (Gaceta de Madrid de 17 de septiembre), «[l]o que hay que examinar, por tanto, es si el adjunto proyecto de Código remedia, si no todos, al menos los más capitales defectos de que adolece la vigente organización de la justicia criminal».

La memoria de análisis de impacto normativo (en adelante MAIN) que acompaña al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal refleja los objetivos que el prelegislador persigue a través de la aprobación del texto que ahora constituye objeto de nuestro análisis. Son los siguientes:

- 1. Dar respuesta a la demanda histórica de superar el paradigma procesal penal decimonónico e implantar en España un modelo moderno y avanzado de proceso penal, reforzando el principio de imparcialidad judicial y el derecho de defensa.*
- 2. Armonizar nuestro modelo procesal con el paradigma contemporáneo que hoy rige, con muy escasas excepciones, entre los países de nuestro entorno y que ha seguido la regulación de la Fiscalía Europea.*
- 3. Regular las más avanzadas técnicas de investigación contra el crimen que aún no tenían acomodo en nuestro ordenamiento.*
- 4. Reforzar los derechos de las víctimas y de las personas vulnerables necesitadas de especial protección, así como abordar los problemas de la persona encausada en situación de discapacidad.*
- 5. Introducir de forma reglada el principio de oportunidad.*



La consecución de los objetivos transcritos resultaría encomiable aunque se revelan insuficientes en un plano conceptual para subsanar las principales deficiencias de que adolece nuestro sistema de justicia criminal.

La lentitud a la hora de administrar justicia constituye una constante en la historia de nuestro país. La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 ya señalaba al respecto en su magnífica exposición de motivos que «[s]in desconocer que la Constitución de 1812, el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 y otras disposiciones posteriores mejoraron considerablemente el procedimiento criminal, sería temerario negar que aún bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose las ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados (...) Es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio».

Llama la atención que la mejora de la eficacia procesal mediante la implementación de mecanismos idóneos para dotar de mayor agilidad a la investigación y enjuiciamiento penal no constituya, cuando menos, uno de los ejes programáticos sobre los que el prelegislador vertebró el nuevo diseño procesal que el Anteproyecto pretende instaurar.

Según el informe de la Comisión Europea, de 30 de septiembre de 2020, sobre el Estado de derecho en 2020, «[e]l sistema español se enfrenta a desafíos de eficiencia, condicionada por unos procedimientos judiciales cada vez más largos. Para atajar este problema se está preparando una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que abreviará los procesos penales, y un proyecto de ley sobre medidas procesales y tecnológicas (...) Las partes interesadas critican la falta de eficiencia de los procesos penales en el sistema actual. (...) La duración de los procedimientos judiciales en España está aumentando (...)



Además, está disminuyendo la tasa de resolución de asuntos (...) El número de asuntos que entran en el sistema judicial es mayor que el número de asuntos que se resuelven, por lo que se generan retrasos, y este fenómeno va en aumento».

Sin embargo, el Anteproyecto no parece prestar excesiva atención a dicha circunstancia pues, al igual que la MAIN, tampoco la exposición de motivos alude a la necesidad de agilización y mejora de la eficacia como objetivos programáticos o basilares de la reforma. Nótese que, según se indica en su preámbulo, «[e]l ambicioso sistema de garantías procesales que fue establecido en 1978 solo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido en el proceso. Debe, por tanto, garantizarse que el juez siga tutelando de forma efectiva los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad. Este objetivo y el de un mayor fortalecimiento del derecho de defensa son los ejes fundamentales del texto que ahora se presenta».

La implementación de medidas que contribuyan a mejorar la eficacia y eficiencia del proceso penal debe erigirse en uno de los pilares fundamentales en torno a los que desarrollar cualquier tentativa de modernización del sistema procesal criminal. De ahí que, según la Memoria de 2020 del CGPJ, «al igual que en 2018, en el 2019 los motivos con más número de quejas fueron los referidos al derecho a una tramitación ágil de los asuntos».

Con la salvedad de unas breves referencias que sobre dicho particular se contienen en la MAIN y en la exposición de motivos del Anteproyecto, el texto articulado omite, con muy escasas excepciones, la implementación de medidas específicamente dirigidas a agilizar la tramitación de los procedimientos penales, diseñando un procedimiento ordinario cuya tramitación se advierte sumamente lenta y compleja.



A mayor abundamiento, de la lectura del texto articulado puede cuestionarse que los objetivos que presiden la reforma del proceso penal español puedan alcanzarse. El Anteproyecto no parece implementar un proceso penal que refuerce los principios de imparcialidad y defensa, al igual que tampoco tiende a armonizar nuestro sistema procesal con el resto de países de nuestro entorno cultural y geográfico, pues estos objetivos no se alcanzan por el mero hecho de atribuir la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Por lo demás, si bien es cierto que regula algunas de las más avanzadas técnicas de investigación contra el crimen, en algunas ocasiones se advierte que lo hace con ciertos obstáculos para combatir de manera eficaz las más complejas y sofisticadas formas de delincuencia propias de nuestro tiempo. Consideraciones todas ellas que nos permiten anticipar que la actual redacción del Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal merece una valoración general desfavorable.

No parece vano manifestar que todo intento de modernización del sistema procesal español resultará estéril de no acompañarse de un importante incremento presupuestario. Las reformas legislativas resultan, sin ningún género de dudas, necesarias para avanzar por la senda adecuada pero, a su vez, parecen claramente insuficientes por sí solas para lograr tan ambicioso objetivo de no venir aderezadas con un significativo incremento de recursos personales y materiales.

Del análisis del impacto económico y presupuestario obrante en la MAIN que acompaña al Anteproyecto destacan las siguientes afirmaciones:

*1.2. Coste Gastos de Personal: Capítulo 1. La especialización en la realización de tareas que comportará la reforma supondrá un aumento de la eficiencia en términos generales para el conjunto del sistema y sin acudir necesariamente al aumento de los medios personales y materiales disponibles. Esta solución reorganizativa es consecuente con las características de la litigiosidad en el orden*



*penal y no sólo no lleva aparejado un mayor coste, sino que podría disminuir al permitir obtener la máxima productividad con los elementos presentes y futuros del sistema y de manera especial con la nueva oficina judicial y los tribunales de instancia. (...) Esta mejora significativa en el aprovechamiento de los medios personales de la Administración de Justicia permite afrontar la implementación de una reforma de calado como esta sin exigir esfuerzos económicos adicionales.*

Las referencias sobre la innecesariedad de aumentar la plantilla fiscal permiten afirmar que el prelegislador desconoce realmente la carestía de personal y material de que adolece el Ministerio Fiscal, situación respecto de la que la Fiscalía General del Estado viene advirtiendo en sus Memorias anuales desde tiempo atrás.

En la actualidad el Ministerio Fiscal difícilmente se halla en disposición de asumir la dirección de la investigación criminal sin que previamente se acometa un notable incremento de su plantilla, pues lo cierto es que los y las fiscales se encuentran hoy en día al borde del colapso. Reformas de menor calado como la aprobación del sistema de plazos de la fase de instrucción que instauró la Ley 41/2015, de 15 de octubre, evidenciaron las notables carencias personales y materiales que sufre nuestra institución.

Como señala la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, «[e]n relación al número de fiscales por cada 100.000 habitantes y tomando los datos de población del Instituto Nacional de Estadística, la media nacional en 2019 fue de 4,86 fiscales/100.000 habitantes frente al 4,92% de 2018. La ratio más alta está en las fiscalías de Canarias, con 5,53 fiscales/100.000 h y la más baja en la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, con 3,21 fiscales/100.000 h. El porcentaje más elevado de fiscales se encuentra en el tramo de edad de 41 a 50 años, con un 34% de la plantilla, seguido del tramo de 51 a 60 años, con un 31% de la plantilla. Los fiscales de edad inferior a 30 años representan el 2%, frente al 1% en el ejercicio 2018». Porcentajes ciertamente alejados de la



media europea, que cuenta con una ratio de más de 11 fiscales de media por cada 100.000 habitantes».

Según datos ofrecidos por el CGPJ, España contaba en el año 2019 con 499 juzgados de instrucción, 106 juzgados de violencia sobre la mujer, 6 juzgados centrales de instrucción y 1069 juzgados de primera instancia e instrucción. Llama la atención que el prelegislador pretenda que las tareas que hasta la fecha venían desarrollando en el orden jurisdiccional penal 1680 jueces y magistrados sean asumidas ahora, sin más, por la actual plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, cuyos integrantes intervienen activamente no solo durante la fase de investigación del procedimiento penal, sino también durante las fases intermedia, de juicio oral y de ejecución, ante las jurisdicciones de menores y civil, así como en menor medida ante las jurisdicciones social y contencioso-administrativa.

Por consiguiente, parece altamente complejo pretender que una mera reorganización interna de la plantilla del Ministerio Fiscal sea suficiente, tal y como señala el prelegislador, para que los y las fiscales puedan asumir las nuevas y relevantes tareas que se les atribuyen.

Sirva de ejemplo la experiencia del Ministerio Público francés, cuya manifiesta carencia de efectivos ha conducido a que sus integrantes se vean obligados a delegar la práctica totalidad de la investigación en manos de la policía, con las notables carencias a ello inherentes tanto en un plano axiológico como funcional, singularmente en materia de lucha contra la delincuencia económica, urbanística, medioambiental y, muy especialmente, en relación con la corrupción.

En definitiva, sin perjuicio de reconocer la bondad de los objetivos que el prelegislador pretende alcanzar mediante la aprobación del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, creemos necesario evidenciar que la reforma



del completo sistema procesal penal no puede dejar de perseguir otras metas igualmente relevantes y, en concreto, no puede ignorar la necesidad de articular un sistema penal más ágil, eficaz y eficiente, capaz de reducir los tiempos para resolver los asuntos en tramitación, así como de combatir de una manera adecuada las formas de criminalidad más complejas y sofisticadas.

## **6.2 La atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal: las exorbitantes funciones atribuidas al juez de garantías**

La atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal y la eliminación de la figura del juez de instrucción constituyen dos de las más importantes novedades implementadas por el Anteproyecto.

El primer paso en la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal se dio con la implementación del procedimiento abreviado introducido por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, *de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal*.

Posteriormente, la Ley 10/1992, de 30 de abril, *de medidas urgentes de reforma procesal*; la LO 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado*; la LO 2/1998, de 15 de junio, *por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal*; o 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*, contribuyeron a ampliar las facultades del Ministerio Fiscal durante la fase de investigación penal.

Sin embargo, fue la Ley 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, la que —con un salto cualitativo de



mayor envergadura— atribuyó sin reparos al Ministerio Fiscal la investigación de los delitos en el ámbito de dicha jurisdicción.

Como recuerda la STC 41/1998, de 24 de febrero, «[e]l art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El modelo del juez de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del autor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica 7/1988. La opción entre estos u otros modelos de justicia penal corresponde al legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas».

Por más que la atribución de la dirección de la investigación penal al juez de instrucción haya sido respaldada por nuestro Tribunal Constitucional (*v. gr.* SSTC 106/1989, de 8 de junio; 32/1994, de 31 de enero; o 41/1998, de 24 de febrero), la doctrina ha puesto reiteradamente en duda la compatibilidad de dichas funciones con el diseño constitucional del Poder Judicial consagrado en el art. 117 CE, pues quien instruye o investiga, ni juzga ni ejecuta lo juzgado, no ejerce funciones jurisdiccionales, según se infiere del art. 117.3 CE.

Como se indica en el voto particular obrante en la STC 85/2018, de 19 de julio, «[e]n el proceso penal español, al margen de la supervivencia histórica del sistema de investigación criminal a cargo del juez de investigación, no es esta, en los términos constitucionales expresados, una manifestación genuina del



ejercicio de la jurisdicción, que se circunscribe a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, incluido, obviamente, el proceso penal».

Argumentos estos que el prelegislador hace suyos, llegando a afirmar en la exposición de motivos del texto sometido a informe que «el ambicioso sistema de garantías procesales que fue establecido en 1978 solo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido en el proceso. Debe, por tanto, garantizarse que el juez siga tutelando de forma efectiva los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad». Llega a afirmar, incluso, que la atribución de la dirección de la fase de investigación al órgano judicial constituye una «patología estructural de la legislación vigente».

Efectivamente, el actual modelo de instrucción penal no garantiza suficientemente la imparcialidad del juez pues las funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye como director de la investigación criminal comprometen en abstracto su imparcialidad a la hora de tutelar los derechos de las partes, muy singularmente los de la persona investigada.

Sin que ello implique poner en duda la objetividad y recto proceder de los jueces de instrucción, desde un plano teórico el diseño procesal vigente no garantiza suficientemente la necesaria distancia psicológica del juez respecto del devenir y resultado de la investigación, viéndose por ello comprometida, cuando menos en abstracto, su objetividad para actuar en garantía de los derechos concernidos, así como para erigirse en verdadero árbitro de la contienda procesal suscitada entre acusación y defensa, en un tercero *super partes* no comprometido con el éxito de la investigación criminal.

A las razones anteriormente apuntadas debe sumarse la innegable conveniencia de implementar un modelo de investigación de signo acusatorio y



naturaleza adversarial que huya del actual y vetusto modelo de instrucción, así como la oportunidad de equiparar nuestro sistema procesal con el de los países de nuestro entorno cultural y geográfico más próximos. Conveniencia recientemente evidenciada como consecuencia de las múltiples dificultades con las que nuestro país se ha encontrado a la hora de afrontar el desarrollo de la Fiscalía Europea.

El perfecto encaje constitucional en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del fiscal investigador se halla fuera de toda duda tras más de veinte años desde la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, así como tras cerca de treinta años desde la aprobación de la LO 4/1992, de 5 de junio, *sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores*. Normas estas que diseñaron un sistema procesal en el que la dirección de la investigación de los delitos cometidos por menores edad vino atribuida en exclusiva al Ministerio Fiscal.

Recuérdese que el propio Tribunal Constitucional ya dejó sentado en su STC 60/1995, de 17 de marzo, que «[un] examen global de la reforma operada por la LO 4/1992 pone, en tal sentido, de relieve que su finalidad, tal como se declara en su exposición de motivos, radica precisamente en adecuar este proceso a las exigencias derivadas de la doctrina sustentada con la citada STC 36/1991 y, de entre ellas, la de instaurar también en el mismo el principio acusatorio. Para alcanzar este objetivo, la LO 4/1992, inspirándose en el modelo procesal penal anglosajón (secundado hoy por países tales como Alemania, Italia o Portugal), ha querido separar las funciones instructoras, de un lado, y de enjuiciamiento y decisión, de otro, encomendando la primera de ellas al Ministerio Fiscal y las otras dos al juez de menores, con lo que, prima facie y sin mayor dificultad, se comprueba que este desdoblamiento y asignación de las enunciadas fases procesales a dos órganos diferentes, no solo no conculca, sino que viene a restablecer el principio acusatorio en un



procedimiento reformador que, como es el caso del de menores, con anterioridad a la LO 4/1992, se encontraba manifiestamente informado por el principio inquisitivo, tal como implícitamente tuvimos ocasión de declarar en la precitada Sentencia del Pleno de este Tribunal 36/1991 (fundamento jurídico 6º)».

La atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal con carácter exclusivo y excluyente no resulta extraña en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, al margen de las consideraciones anteriores acerca de las facultades del fiscal en la jurisdicción de menores, debe recordarse que la Ley de Bases de 1881, encargó al Gobierno que atribuyera la instrucción de todos los delitos al Ministerio Público, sentando la posibilidad de acumular en una misma institución las funciones de investigar y acusar.

Las ventajas asociadas a la figura del fiscal investigador han sido glosadas por la mejor doctrina y, desde luego, también por la Fiscalía General del Estado.

No sin razón se ha dicho que la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal permitiría articular un esquema procesal que potenciaría el principio acusatorio, lo que, a su vez, propiciaría una mayor imparcialidad de los órganos judiciales circunscribiendo su actuación a la que resulta propiamente jurisdiccional con arreglo al art. 117 CE. Por ello, resulta aconsejable que la investigación y la tutela de los derechos fundamentales, bien autorizando medidas de injerencia, bien adoptando medidas cautelares, se atribuya a órganos diferentes, garantizando de ese modo la configuración del juez como un árbitro alejado de las partes en la contienda que no cuenta con interés alguno en su resultado.

La figura del fiscal investigador, a diferencia de la del juez instructor, fluye con toda naturalidad de la Constitución pues su art. 124 encomienda al Ministerio Fiscal la *facultad-deber* de promover la acción de la justicia en defensa de la



legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, procurando ante los tribunales la satisfacción del interés social.

La experiencia acumulada por el Ministerio Fiscal en las distintas fases procesales, fruto de su participación en todas ellas, aseguran al fiscal un privilegiado conocimiento del material necesario para que la acusación pueda prosperar, permitiéndole, por las mismas razones, decidir con mayor rigor qué diligencias resultará útil practicar, así como en qué casos no será aconsejable seguir adelante con la investigación. Ciertamente, como señala la doctrina, a diferencia del juez de instrucción, el fiscal no es ajeno al ulterior desarrollo del proceso penal pues conoce de primera mano las dificultades propias de la fase de juicio oral, así como el criterio de los órganos de enjuiciamiento. Experiencia sumamente valiosa que, en buena lógica, debe permitirle ser más eficaz al decidir qué diligencias deben practicarse para lograr el esclarecimiento de los hechos y en qué casos resulta justificado formular acusación.

La atribución de la investigación al Ministerio Fiscal se estima la opción más razonable para combinar en una organización pública la sujeción imparcial a la legalidad vigente y la unidad de actuación en la interpretación de la ley y en la ejecución de la política criminal. Nadie puede poner en duda que la unificación de criterios en la fase de investigación contribuiría notablemente a generar mayor certeza y seguridad jurídica a todos los niveles, facilitando de ese modo la labor policial, al igual que la de los distintos operadores jurídicos concernidos. La unidad de criterio que preside la actuación del Ministerio Fiscal resulta en este terreno el único vehículo realmente idóneo a través del que garantizar la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, esencia de todo Estado constitucional y democrático de derecho.

El mayor grado de especialización del Ministerio Fiscal en materias de especial complejidad, gracias a su singular estructura orgánica y, en particular, a la



existencia de secciones especializadas integradas por fiscales con amplia experiencia en ámbitos tan relevantes como la delincuencia económica, urbanística o medioambiental, la criminalidad informática o la siniestralidad laboral, entre otras muchas, sugiere que su intervención en el proceso como director de la investigación garantizaría mayores índices de éxito en su tramitación, permitiendo detectar en fases tempranas de la investigación la inexistencia de indicios que justifiquen imputaciones infundadas, así como, en sentido contrario, encauzando de un modo más eficaz las pesquisas a fin de recabar las necesarias fuentes de prueba que garanticen la condena de los criminales.

La atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Público pondría fin a la actual *esquizofrenia investigadora* que en no pocas ocasiones ha conducido a la emisión de órdenes contradictorias a los cuerpos policiales. Como señala la STS 980/2016, de 11 de enero de 2017, «[l]a coexistencia de una doble autoridad investigadora —judicial y fiscal—, sujeta a unos principios constitucionales propios y diferenciados, no es fácilmente homologable a la luz de los modelos comparados. Son muchas las cuestiones que suscita su originalidad. Algunas de ellas no son ajenas a fricciones institucionales ocasionadas por su difícil encaje».

Baste para rechazar las afirmaciones de quienes dudan de las aptitudes del Ministerio Fiscal para dirigir la investigación penal —por otorgar mayor capacidad a los jueces para la defensa de los derechos y libertades fundamentales fruto de su independencia— con verificar la diligente actuación desarrollada por el Ministerio Fiscal ante la jurisdicción de menores durante más de dos décadas o con contrastar la experiencia de los modelos de derecho comparado de nuestro entorno más próximo. Todo ello, sin olvidar el escrupuloso respeto por las garantías constitucionales que ha venido exhibiendo el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades atribuidas por los



arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim en las numerosísimas investigaciones extraprocesales que ha venido desarrollando desde hace décadas.

Contrariamente a cuanto se ha venido afirmando por algún sector de la doctrina y algunos operadores jurídicos, la estructura orgánica del Ministerio Fiscal —de corte netamente jerárquico— en nada obstaculiza su consideración de autoridad imparcial. Como recuerda la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-566-2019), «56. [s]i bien es cierto que los fiscales están obligados a cumplir las instrucciones que emanan de sus superiores jerárquicos, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de las sentencias de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y Zwickav) (C-508/18 y C-82/19 PPU) así como de 27 de mayo de 2019 (Fiscal General de Lituania) (5-509/18) se desprende que la exigencia de independencia, que excluye que la facultad decisoria de los primeros sea objeto de instrucciones ajenas al poder judicial, procedentes en particular del poder ejecutivo, no prohíbe las instrucciones internas que pueden impartirse a los fiscales por sus superiores jerárquicos también fiscales, sobre la base de subordinación por la que se rige el funcionamiento del Ministerio Fiscal. 57. La independencia del Ministerio Fiscal tampoco queda en entredicho por el hecho de que se encargue del ejercicio de la acción pública. En efecto, (...) el concepto de “autoridad judicial emisora”, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, no se refiere únicamente a los jueces o tribunales de un Estado miembro. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que este concepto también se aplica al fiscal general de un Estado miembro competente para ejercer la acción penal, siempre que su estatuto le confiera una garantía de independencia frente al poder ejecutivo en el marco de la misión de la orden de detención europea».

En un sistema procesal acusatorio los jueces deben gozar de independencia, inamovilidad y hallarse en todo momento sometidos a los principios de responsabilidad y legalidad, mientras que los fiscales deben desarrollar su actuación a la luz de los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de



actuación y dependencia jerárquica, lo que en ningún caso implica sometimiento acrítico a las órdenes de la superioridad pues, no en vano, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha regulado herramientas a través de las que salvaguardar la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones fiscales, articulando el modo en el que los y las fiscales pueden dirimir sus discrepancias respecto a las órdenes que se reputen improcedentes o contrarias al ordenamiento jurídico.

Entrando en el examen del texto articulado, conviene subrayar que los arts. 521 y 522 ALECrím se erigen en la piedra de toque sobre la que el prelegislador construye el completo diseño de la fase de investigación criminal a la que denomina «procedimiento de investigación».

El apartado primero del art. 521 ALECrím introduce una de las principales y más destacadas novedades del Anteproyecto al atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación penal en los siguientes términos: «El Ministerio Fiscal dirige el procedimiento de investigación. En la investigación de los delitos, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad obedecerán sus órdenes e instrucciones».

No obstante, debe advertirse que un detenido análisis del Anteproyecto permite poner en duda, a pesar de la aparente claridad con la que así se afirma en el art. 521.1 ALECrím, que el sistema procesal diseñado atribuya realmente la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Numerosos preceptos del Anteproyecto aconsejan matizar esa inicial afirmación ante las copiosas facultades atribuidas al juez de garantías durante la fase de investigación.

A pesar de que el Anteproyecto emplea la locución «juez de garantías», debe precisarse que las facultades que el prelegislador le asigna exceden de las que consideramos deberían ser atribuidas a quien tan solo hubiera de limitarse a ejercer funciones de garantía durante la fase de investigación a fin de tutelar



los derechos de las partes. Extremo que, por lo demás, se reconoce abiertamente en la exposición de motivos del Anteproyecto cuando afirma que: «[d]ebe proveerse para ello a la autoridad judicial de un catálogo de potestades que excede en mucho de la sola autorización de diligencias intrusivas y de la adopción de las medidas cautelares que le sean solicitadas. El elenco de atribuciones debe abarcar igualmente el ejercicio de otras funciones esenciales como el control de la relevancia penal del hecho investigado, el de la dilación indebida del procedimiento y del secreto de las actuaciones, así como la práctica de las diligencias esenciales que hayan sido indebidamente denegadas y las de aseguramiento de las fuentes de prueba personal que estén en riesgo. (...) Se opta, por ello, por un juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones. Se ha preferido utilizar la denominación con la que suele conocerse esta figura, que constituye ya un lugar común entre teóricos y prácticos y que fue utilizada tanto en el Anteproyecto de 2011 como en la Propuesta de 2013. Se alude, por tanto, a un juez de garantías, aunque en puridad este nombre solo designa una faceta determinada de las diversas tareas que son encomendadas a la autoridad judicial».

Las concretas facultades que el texto prelegislativo otorga al juez de garantías no permiten albergar dudas acerca de cuanto se acaba de exponer. Así, conforme al art. 19 ALECrím, corresponde al juez de garantías en el procedimiento de investigación:

- 1.º *Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.*
- 2.º *Resolver sobre las peticiones de medidas cautelares.*
- 3.º *Asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma.*
- 4.º *Prevenir, a instancia de la defensa, la dilación indebida de la investigación.*
- 5.º *Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga.*
- 6.º *Disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación.*
- 7.º *Resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal.*



*8.º Autorizar la reapertura del procedimiento cuando este se haya dirigido contra una persona determinada.*

*9.º Autorizar a las acusaciones particulares o populares el ejercicio de la acción penal, cuando no sea ejercitada por el Ministerio Fiscal.*

*10.º Velar por la adopción de las medidas de adaptación y apoyo necesarias en caso de discapacidad de la persona investigada.*

*11.º Amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación.*

*12.º Adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables.*

*13.º Decidir sobre la personación e intervención de las acusaciones populares.*

*14.º Resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando esta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento.*

Además de las funciones transcritas, sin ánimo de exhaustividad, corresponde igualmente al juez de garantías las siguientes funciones previstas en el Anteproyecto:

- i) Resolver la impugnación frente a la denegación de la asistencia de intérprete o la traducción de un documento (art. 52).
- ii) Autorizar la exclusión del abogado defensor por el Ministerio Fiscal en aquellos casos en que éste considere que aquél colabora o contribuye a la acción delictiva del investigado (art. 56).
- iii) Establecer el apoyo adecuado de la persona encausada con discapacidad en los actos y con la extensión que expresamente se determine (art. 63)
- iv) Establecer una institución de apoyo que asista a la persona encausada con discapacidad durante el proceso (art. 65).
- v) Adoptar de oficio las medidas que estime necesarias para salvaguardar el derecho de defensa de la persona encausada con discapacidad (art. 71).
- vi) Autorizar el internamiento cautelar en establecimiento especial (art. 75) y controlar las salidas del centro (art. 76).



- vii) Declarar la falta plena de capacidad procesal de la persona encausada (art. 79).
- viii) Designar al representante de la persona jurídica (art. 81).
- ix) Ratificar la renuncia de la persona ofendida o perjudicada por el delito y declarar extinguida la responsabilidad personal de la persona encausada cuando la ley permita expresamente el perdón (art. 118).
- x) Decidir sobre la admisibilidad de la querrela presentada por la acusación popular (art. 124).
- xi) Resolver acerca de la procedencia del ejercicio de la acción civil cuando se estime que no resulta oportuno el enjuiciamiento conjunto (art. 126).
- xii) Resolver la impugnación del responsable civil en relación a su llamada al proceso por el fiscal, practicando la prueba estimada pertinente a tal efecto (art. 133).
- xiii) Resolver las impugnaciones presentadas contra las sanciones impuestas por el Ministerio Fiscal (art. 143).
- xiv) Controlar los elementos reglados que permiten la aplicación del principio de oportunidad (arts. 174 y 178).
- xv) Autorizar la reapertura del procedimiento de investigación suspendido por razones de oportunidad (art. 176).
- xvi) Controlar el archivo de la investigación por colaboración activa contra una organización criminal (art. 179).
- xvii) Conocer de la puesta a disposición de la persona detenida siempre que no se practicara su previa puesta en libertad (art. 191).
- xviii) Autorizar la solicitud de prórroga de la detención (art. 194).
- xix) Autorizar y controlar las condiciones en que se desarrolla la incomunicación del detenido o preso (art. 212.3 y 213.1).
- xx) Imponer y controlar el cumplimiento de la obligación de comunicar cualquier cambio de lugar de residencia o de puesto de trabajo (art. 222.2).
- xxi) Autorizar la intervención de bienes y efectos (art. 282).
- xxii) Autorizar la adopción de medidas para garantizar la efectividad del decomiso (arts. 291 a 293).



- xxiii) Nombrar depositario judicial, hacer entrega de los bienes intervenidos a la ORGA, realizar anticipadamente los bienes, acordar la intervención o administración judicial, disponer las anotaciones preventivas oportunas, o adoptar cualesquiera medidas de carácter patrimonial (art. 291).
- xxiv) Autorizar la intervención de la ORGA (art. 293).
- xxv) Acordar la suspensión de la actuación de la administración tributaria durante la tramitación del procedimiento de investigación (art. 300).
- xxvi) Autorizar la práctica de pruebas médicas para determinar la edad de la persona investigada (art. 314).
- xxvii) Ratificar a su presencia el reconocimiento de hechos previamente efectuado por la persona investigada ante el Ministerio Fiscal (art. 322).
- xviii) Autorizar la práctica de determinadas inspecciones e intervenciones corporales aun cuando el afectado hubiera prestado su consentimiento (arts. 325 y 328).
- xix) Autorizar la obtención y análisis de muestras biológicas de la persona investigada aun cuando se trate de muestras abandonadas (art. 335).
- xxx) Autorizar la obtención y análisis de muestras biológicas de personas no investigadas (art. 336).
- xxxi) Autorizar la destrucción de las muestras biológicas halladas (art. 338).
- xxxii) Autorizar la imposición a la persona investigada de la obligación de someterse a los correspondientes controles de sangre u orina (art. 341.3).
- xxxiii) Autorizar la utilización en otro procedimiento del resultado de la diligencia de intervención de las telecomunicaciones o de vigilancia acústica (art. 349.1).
- xxxiv) Autorizar la destrucción de las grabaciones originales que incorporen las conversaciones interceptadas tras la finalización del proceso, permitiendo la conservación de una copia en poder del letrado de la administración de justicia (art. 352.2).
- xxxv) Autorizar la diligencia de vigilancia sistemática (art. 396).
- xxxvi) Autorizar la utilización en otro procedimiento de las informaciones obtenidas durante la vigilancia policial sistemática (art. 400.3).



- xxxvii) Autorizar la utilización en otro procedimiento de las informaciones obtenidas a causa de la diligencia de entrada y registro (art. 419).
- xxxviii) Autorizar la destrucción de los efectos intervenidos durante la investigación (art. 448.1).
- xxxix) Autorizar la realización anticipada de los efectos intervenidos (art. 451).
- xl) Autorizar el acceso al historial clínico de la persona investigada o de un tercero (art. 491).
- xli) Autorizar la búsqueda y obtención sistemática de datos a través de fuentes y canales abiertos (art. 514.2).
- xlii) Autorizar la utilización de sistemas automatizados o inteligentes de tratamiento de datos para cruzar e interrelacionar la información (art. 516.1).
- xliiii) Autorizar la realización de búsquedas selectivas mediante el tratamiento cruzado de datos personales almacenados en archivos distintos a los policiales (art. 517).
- xliv) Resolver la impugnación frente al decreto de archivo de la denuncia (art. 551).
- xlv) Autorizar el archivo del procedimiento durante la fase de investigación (art. 555.1).
- xlvi) Resolver los recursos contra el decreto del fiscal que rechace reconocer la condición de víctima (art. 566.4).
- xlvii) Autorizar a las acusaciones particular y popular a ejercer la acción penal (art. 587).
- (xlviii) Acordar la reapertura del procedimiento de investigación en los supuestos en que sea posible (art. 590).

El cúmulo de facultades concedidas al juez de garantías, sintetizadas en el art. 521.2 ALECrím mediante la atribución del control de la legalidad del procedimiento de investigación, refleja que el prelegislador, lejos de atribuir la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, se ha limitado a asignarle con carácter exclusivo y excluyente la dirección de la investigación policial en un estadio preprocesal.



Así lo sugiere la manifiesta incompatibilidad semántica existente entre los términos «dirigir» y «controlar» empleados por el prelegislador en el art. 521 ALECrim, pues resulta difícilmente concebible que pueda denominarse director del procedimiento de investigación a quien se halla sometido al constante escrutinio en el desarrollo de su actividad.

El propio prelegislador incurre en contradicciones al afirmar en la exposición de motivos del Anteproyecto que «a diferencia del actual juez de instrucción, el Ministerio Fiscal, en su actividad como director de la investigación, estará sujeto a la permanente vigilancia de un órgano judicial de garantías que tendrá la misión específica de evitar que se violenten los derechos que asisten al sujeto investigado», para a renglón seguido indicar que «se arbitra en este punto un procedimiento de carácter flexible y ágil [en el que] el fiscal desarrolla su investigación dándole la dirección que considera procedente, sin estar sometido en momento alguno a la tutela del juez».

Como se puede apreciar, quien está sometido a una completa y constante vigilancia difícilmente puede decirse que dirige sin hallarse sometido a tutela y, menos aún, que se halle en condiciones de actuar de un modo ágil y flexible.

### **6.3 El modelo de juez de garantías y el diseño constitucional de la función jurisdiccional**

Las facultades del juez de garantías que el Anteproyecto instaura en el marco de un nuevo sistema procesal exceden de los atributos propios de la actividad jurisdiccional y que, según el art. 117.3 y 4 CE, se circunscriben a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como a ejercer las funciones expresamente atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho.



Parece razonable afirmar que el sistema procesal que fluye con mayor naturalidad de la Constitución española es el acusatorio. Por ello, resultaría lógico que la actividad del juez de garantías se circunscribiera a lo que su propia denominación sugiere: autorización de diligencias y medidas cautelares que de un modo directo limiten derechos fundamentales, así como las necesarias para tutelar los derechos y libertades fundamentales de las partes en litigio para el caso de que estas denunciaran su lesión. En palabras del Tribunal Constitucional, «en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia» (*vid.* SSTC 147/2020, de 19 de octubre; 47/2020, de 15 de junio; 240/1988, de 19 de diciembre; 84/1985, de 8 de julio).

De la recomendación de aligerar alguna de las facultades que el Anteproyecto atribuye a la figura del juez de garantías no subyace la intención de rechazar que la actividad desarrollada por el Ministerio Fiscal durante el procedimiento de investigación pueda ser sometida a fiscalización, sino sencillamente la de diseñar un modelo procesal que se acomode con mayor naturalidad al diseño constitucional del Poder Judicial. Además, el nuevo sistema procesal penal debe resultar funcional, siendo capaz de conjugar la ágil consecución de las finalidades tradicionalmente atribuidas al proceso como vehículo a través del que lograr el esclarecimiento de los hechos criminales y su autoría con el pleno respeto por las garantías procesales.

Como ha señalado la doctrina, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional cambió la relación hasta entonces existente entre el juez y la ley, atribuyendo a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente al Estado. En el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho diseñado por nuestra Constitución las garantías procesales no son menos importantes que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica. El derecho a la dignidad humana impone la configuración de



restricciones a otros bienes constitucionalmente protegidos, pudiendo afirmarse que en la actualidad existe una innegable primacía de la dignidad humana en la arquitectura constitucional y procesal española.

Tras setenta y nueve modificaciones, más de cincuenta de ellas acaecidas tras la entrada en vigor de la Constitución, puede afirmarse que el modelo procesal diseñado por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal regula de un modo ciertamente adecuado el completo sistema de garantías y derechos constitucionales. Puede afirmarse que el sistema procesal español es a día de hoy uno de los más garantistas de entre los que rigen en nuestro entorno.

Garantías y eficacia son las dos claves de bóveda de todo sistema procesal penal. La constante tensión entre ellas constituye la base misma del derecho, así como el principal estímulo para su evolución y modernización. El sistema procesal penal siempre debe orientarse a la consecución de un adecuado equilibrio entre garantías y eficacia procesal. Cuando dicho equilibrio cede en favor de la eficacia procesal del sistema se corre el riesgo de instaurar modelos autoritarios de derecho penal, mientras que cuando lo hace en favor de un exorbitado elenco de garantías próximo al paroxismo se corre el riesgo de diseñar un sistema procesal inoperante.

El proceso penal, como vehículo de reconstrucción del hecho histórico, se erige en el instrumento idóneo para conjugar el interés público en la represión del delito con el interés constitucional en preservar la dignidad y garantías que deben reconocerse a todo sujeto investigado. Como recuerda la STS 97/2019, de 16 de julio, el proceso penal debe ofrecer un adecuado equilibrio a las tensiones que diariamente se producen entre las legítimas expectativas en descubrir y sancionar el delito y el respeto por las garantías constitucionales inherentes a la dignidad humana y al derecho de defensa que le resulta implícito. De ahí que la meta del proceso penal sea la de alcanzar la verdad procesal o judicial en detrimento de la verdad material. Una verdad que, si bien



constituye un fin estructural del proceso, no puede ser lograda a cualquier precio, sino con arreglo a métodos que garanticen el pleno respeto de las garantías constitucionales de las que todas las personas resultan titulares por el mero hecho de serlo. En palabras de la STS 327/2014, de 24 de abril, es innegable que en el ámbito del procedimiento se distingue entre una verdad material, referida a la realidad, y, en una dimensión estrictamente procesal, una verdad judicial.

El proceso está llamado a cumplir un rol epistemológico orientado a la obtención de la verdad procesal, en donde dos sujetos, que actúan como antagonistas pero en pie de perfecta igualdad, someten la controversia que les mantiene en liza ante un tercero independiente e imparcial que ejerce funciones de árbitro.

A la vista de este concepto de verdad procesal, las garantías constitucionales que integran el derecho a un proceso justo o con todas las garantías actúan como eficaz herramienta para que aquella se obtenga de un modo fiable. El exhaustivo análisis de las diversas hipótesis que defienden quienes mantienen la contienda, acusación y defensa, permite un mayor índice de éxito a la hora de lograr aproximarse a la verdad histórica de un suceso pues solo de ese modo se garantiza que la solución sea adoptada tras considerar y, en su caso, descartar las distintas hipótesis imaginables.

Como recuerda la STS 652/2010, de 1 de julio, «[h]ay que recordar que toda verdad judicial es una verdad razonable, y es una verdad que suele ser fragmentaria en relación a la totalidad de lo ocurrido (...) porque si bien hay una evidente vocación a que la investigación demuestre la totalidad de lo ocurrido, es frecuente que algunos hechos o la intervención de algunas personas no puede quedar demostrada bien por insuficiencias de la investigación o por vulneración de los legítimos derechos de las personas investigadas, ya que "no todo vale" para llegar a la verdad material».



De esta idea también participa el prelegislador al afirmar en la exposición de motivos del Anteproyecto que «[s]e ha dicho con razón que el proceso penal es la mejor balanza para medir el peso que los elementos autoritarios y liberales tienen en el orden jurídico político de un país. Los componentes autoritarios preponderan en los sistemas de impronta inquisitiva que hacen del hallazgo de la verdad y del castigo del culpable el fin primordial que han de perseguir todas las autoridades públicas implicadas, incluidos los propios jueces. La preeminencia de los rasgos liberales conduce, en cambio, a modelos de proceso que ponderan equilibradamente el deber del Estado de esclarecer el delito con la adecuada tutela de los derechos individuales. Y para asegurar el aludido equilibrio esos modelos sitúan al juez en la posición de tercero ajeno a los intereses en pugna. Una posición que es inherente a la misma idea de jurisdicción».

En definitiva, tal y como señalan las SSTS 817/2016, de 31 de octubre; 758/2017, de 27 de noviembre; 415/2020, de 21 de julio; o 14/2021, de 14 de enero, la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad, premisa fundamental para la realización de la justicia que, no está de más recordarlo, se erige en valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE).

La búsqueda de un perfecto equilibrio entre las garantías y la eficacia procesal debe constituir el principal objetivo de todo sistema procesal en un Estado constitucional y democrático de derecho. De ahí que deba insistirse en la necesidad de articular un sistema de garantías capaz de conjugar la efectiva tutela de los derechos fundamentales y la eficaz y ágil búsqueda de la verdad procesal.

No debe olvidarse que, como recuerda la STC 24/2018, de 5 de marzo, «la persecución y castigo del delito constituyen un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la



seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE».

La recurrente presencia del juez de garantías que el texto prelegislativo prevé durante la actividad investigadora del Ministerio Fiscal, lejos de contribuir a agilizar la tramitación de los procedimientos penales, producirá previsiblemente el efecto contrario. Esta circunstancia, unida al novedoso tratamiento que se ofrece al sobreseimiento y a las limitadísimas posibilidades del fiscal para practicar diligencias que impliquen leves injerencias en derechos fundamentales de la persona investigada, permite concluir que el sistema procesal diseñado por el prelegislador corre, en su actual versión, el evidente riesgo de resultar escasamente eficaz para determinar la verdad procesal o, cuando menos, para hacerlo en un tiempo razonable. Riesgo que se revela con mayor intensidad en relación a la persecución de los delitos de mayor complejidad y gravedad.

A modo de ejemplo, véase el elevado número de audiencias de nueva creación a las que deberá asistir el Ministerio Fiscal durante la fase de investigación:

- i) Audiencia para la adopción de medidas de apoyo al discapacitado (art. 72.2).
- ii) Audiencia para la revisión de las medidas cautelares personales (arts. 242, 268 y 270).
- iii) Audiencia para resolver el recurso de reforma contra la prisión provisional (art. 273).
- iv) Audiencia para la adopción de medidas cautelares reales (art. 280).
- v) Audiencia para ratificar el reconocimiento de hechos previamente efectuado por la persona investigada ante el Ministerio Fiscal (art. 322).
- vi) Audiencia para el examen individualizado de las conversaciones interceptadas (art. 336).
- vii) Audiencia para la fijación de un plazo máximo de la fase de investigación (art. 575).



viii) Audiencia para resolver sobre la admisibilidad de la acusación no pública (art. 587).

Todo ello sin olvidar las numerosas ocasiones en que el/la fiscal se verá obligado a recabar la autorización del juez de garantías, incluso en supuestos en que el propio investigado haya prestado su consentimiento o en casos de injerencias sumamente leves (*v. gr.* arts. 327, 328, 329, 335 ALECrím), por no hablar de la complejidad que presenta para el Ministerio Fiscal y el resto de partes procesales la fase intermedia diseñada por el prelegislador y, muy singularmente, la actividad que deberá desarrollarse durante la denominada audiencia preliminar.

Trasladándonos a un plano conceptual, debe subrayarse que la admisibilidad de la intervención judicial durante el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal presenta gran complejidad técnica, atendida la naturaleza preprocesal y, por ello, extrajurisdiccional de esta fase.

Como con acierto señala el ATC 122/2016, de 7 de junio, la actividad de investigación no es una actividad propiamente jurisdiccional. Asimismo, puede afirmarse que la actividad jurisdiccional en garantía de cualquier derecho a que alude el art. 117.4 CE no deriva directamente del principio de exclusividad jurisdiccional. De ahí que su articulación en una fase preprocesal resulte ciertamente compleja.

El art. 522 ALECrím delimita el objeto y finalidades del procedimiento de investigación en los siguientes términos: «[a] los solos efectos de adoptar una decisión fundada sobre la procedencia de la acción penal y, en su caso, sobre el ejercicio de la acción civil, el procedimiento de investigación tiene por objeto esclarecer los hechos y las circunstancias del delito y averiguar quiénes son responsables de su comisión». A pesar de las aparentes similitudes que el precepto presenta con el vigente art. 299 LECrím, la opción del prelegislador



resulta sumamente novedosa pues, en realidad, el nuevo procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal aparece configurado como una fase fundamentalmente dirigida a «adoptar una decisión fundada sobre la procedencia de la acción penal». De ello se infiere que en el Anteproyecto el ejercicio de la acción penal se vehicula mediante la presentación del escrito de acusación.

Como recuerda la STC 36/2019, de 25 de marzo, «[e]l ejercicio de la acción penal, según nuestra doctrina, se concreta esencialmente en un *ius ut procedatur*, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciase razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley». Idea que, asimismo, se halla presente en las SSTC 87/2020, de 20 de julio; 26/2018, de 5 de marzo; 574/2017, de 16 de marzo; 970/2013, de 18 de diciembre, entre otras muchas.

La anterior conclusión aparece reforzada por el art. 589.1 ALECrím que al regular la conclusión de la investigación y la continuación del procedimiento señala que «[e]l fiscal dictará decreto acordando la conclusión del procedimiento cuando, una vez practicadas las diligencias necesarias, concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal. En este caso, acompañará al decreto el escrito de acusación».

Si junto a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias concebimos la acción penal como el medio a través del cual las partes articulan una pretensión de incoación del proceso penal ante un órgano judicial, constituyéndose de ese modo en parte procesal, necesariamente deberemos concluir que en el modelo procesal diseñado por el prelegislador la fase de investigación criminal goza de naturaleza preprocesal.



Así se indica con toda claridad en la exposición de motivos del Anteproyecto al señalar que «[e]n la fase jurisdiccional, que se inicia con la interposición de la acción —esto es, con la presentación de la acusación en la fase intermedia—, esta garantía se sujeta a las reglas básicas de exclusividad judicial en la imposición de la pena y de plena forma procesal de las actuaciones. En cambio, en la fase preparatoria del proceso, encaminada a determinar si se ha de ejercer la acción penal que puede darle inicio, se exige una labor de disección de las actuaciones de naturaleza jurisdiccional».

Debe, además, precisarse que el art. 522 ALECrím, lejos de atribuir la dirección de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal, le atribuye la dirección de la investigación criminal. Este matiz dista de ser menor pues, mientras que la fase de instrucción judicial tiene por objeto preparar el juicio oral (*vid.* SSTC 148/2005, de 6 de junio; 92/2006, de 27 de marzo; 29/2008, de 20 de febrero), el procedimiento de investigación regulado en el Libro IV ALECrím tiene por finalidad la consecución de un fin equivalente, en realidad, al que los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrím atribuyen actualmente a las diligencias de investigación preprocesal del Ministerio Fiscal.

En definitiva, el procedimiento de investigación regulado por el Anteproyecto agota su funcionalidad con la acusación o el sobreseimiento de las actuaciones decretado por el Ministerio Fiscal. No opera, por lo tanto, como una verdadera fase de preparación del juicio oral en los términos en que actualmente se concibe la instrucción, atendido el nulo valor probatorio que el prelegislador atribuye a las diligencias practicadas por el/la fiscal, sin perjuicio, de la excepción regulada por el art. 684.5 ALECrím.

Por ello, ante el escaso valor procesal de las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal, no parece razonable que su actividad preprocesal se vea constantemente sometida a fiscalización, obligándole a



recabar de manera recurrente autorización judicial para avanzar en el curso de las pesquisas.

Estas consideraciones exigen extremar las precauciones al objeto de hacer compatible la actividad jurisdiccional desarrollada en una fase preprocesal —en que la acción penal no ha sido aún ejercitada— con el diseño constitucional proclamado por el art. 117 CE. Asimismo, revelan la necesidad de atribuir sin complejos la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, limitando la intervención del juez de garantías a la tutela de los derechos y libertades fundamentales que puedan verse comprometidos durante el curso de la investigación.

La propia exposición de motivos del Anteproyecto afirma que «son verdaderos actos jurisdiccionales los que versan sobre la adopción de las medidas cautelares, sobre la autorización de actuaciones de injerencia en derechos fundamentales o los que se refieren a la valoración del fundamento de la pretensión acusatoria a efectos de decidir la apertura del juicio oral. Son estos los actos que constituyen la verdadera esencia de la garantía judicial en los estadios previos al proceso y los que, en exigencia de la mayor imparcialidad, no deben ser encomendados al mismo sujeto que dirige e impulsa las investigaciones». En efecto, estas y no otras son las tareas jurisdiccionales susceptibles de ser desarrolladas durante la investigación preprocesal.

La actividad del juez de garantías durante la fase preprocesal no debiera ir más allá de la tutela de los derechos y libertades fundamentales de las partes, bien decidiendo sobre la práctica de diligencias que impliquen injerencias en derechos fundamentales de carácter sustantivo, bien resolviendo acerca de la adopción de medidas cautelares.

En definitiva, no es el objeto sobre el que deba versar el control de la actividad investigadora del Ministerio Fiscal lo que se pone en duda puesto que este, en



última instancia, siempre deberá ser total, sino el momento en que ese control deba realizarse, es decir, el cuándo.

Recuérdese que al Ministerio Fiscal le corresponde velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF). En palabras del Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal es el garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos (*vid.* SSTC 259/2005, de 24 de octubre; 165/2005, de 20 de junio; 126/2000, de 16 de mayo). Atributos que, sin ninguna duda, merecen ser tomados en consideración a fin de valorar el objeto, modo y tiempo en que debe desarrollarse el control de la actividad de investigación del Ministerio Público.

Por todo ello, se propone trasladar al Anteproyecto las líneas maestras del sistema de investigación regulado por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (LORPM), cuyo art. 6 regula la intervención del Ministerio Fiscal en unos términos notablemente más adecuados que el Anteproyecto, estableciendo —en sintonía con el arts 124 CE y los arts. 1 y 3 EOMF— que «corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento». Por su lado, el art. 23.3 LORPM prevé que «el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones», exigiendo asimismo al fiscal recabar la autorización del juez de menores para decretar el secreto de las actuaciones (art. 24 LORPM) o para adoptar medidas



cautelares (art. 28 LORPM), sometiendo la acusación del Ministerio Fiscal a un filtro explícito en la fase intermedia (art. 33 LORPM).

Diversas razones aconsejan trasladar el sistema de investigación diseñado por la LORPM al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: i) se trata de un sistema cuya constitucionalidad y acomodo legal resultan actualmente incontrovertidos; ii) los operadores jurídicos coinciden en definir el modelo como ágil, moderno y garantista; iii) su aplicabilidad ya ha sido sobradamente contrastada durante décadas con resultados más que satisfactorios; y iv) se trata de una norma que ha generado un gran consenso.

Adviértase que, si bien es cierto que el singular objeto de la jurisdicción de menores justifica la implementación de especificidades jurídicas en un plano sustantivo, no existen razones que respalden la existencia de diferencias cualitativas en el orden estrictamente procesal, cuando menos por lo que se refiere a quién deba dirigir la investigación, las facultades que deban reconocerse a este, el valor procesal de su actividad, los controles que deban imponerse al director de la investigación o los términos en que deba desarrollarse la actividad judicial durante la fase preprocesal.

No obstante, el prelegislador no da razón de las acusadas diferencias existentes entre el modelo de investigación propuesto y el regulado por la LORPM, a pesar de atribuirse en ambos supuestos la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. A mayor abundamiento, y siempre según la lógica que según la exposición de motivos del Anteproyecto preside la reforma procesal, la aprobación del texto prelegislativo convertiría en justiciables de distinta condición a los menores de edad, atendidas las mayores facultades atribuidas al Ministerio Fiscal durante el curso de la investigación y la limitada intervención de ese *juez de garantías* en el procedimiento regulado en la LORPM.



En los países de nuestro entorno cultural y geográfico más cercano, durante la fase de investigación los jueces se limitan por lo general a garantizar derechos fundamentales, autorizando la práctica de diligencias que afectan a derechos fundamentales, tutelando su posible lesión durante el curso de la investigación y adoptando las medidas cautelares reputadas necesarias.

Como se indica en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, «[t]ales atribuciones [conferidas al juez de garantías] se encuentran esencialmente vinculadas con la adopción de medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, la adopción o ratificación de las medidas cautelares adoptadas con carácter urgente o la novedosa inclusión del incidente de aseguramiento de prueba, entre otros».

Se apunta en el Anteproyecto, como ya dijimos *supra*, que la atribución al órgano judicial de la dirección de la fase de investigación constituye una «patología estructural de la legislación [procesal] vigente». El prelegislador achaca al actual modelo de investigación judicial buena parte de los males de los que adolece el sistema procesal penal, llegando a afirmar que la fase de instrucción aparece sobredimensionada hasta el punto de reducir el acto de juicio oral a poco menos que una artificial reproducción de la actividad previamente desarrollada, razón por la que la fase de instrucción deja de tener un carácter meramente preliminar o preparatorio. En palabras de la exposición de motivos, «[s]olo la indebida atribución a la autoridad judicial de la dirección de las investigaciones, al distanciarla de su genuina misión de garantía, puede explicar la desviación que en la práctica se ha producido respecto a los principios capitales del sistema. Es la presencia judicial en la realización de meros actos investigadores la que potencia el valor de las diligencias sumariales y devalúa el de las pruebas del plenario».



Sin embargo, la anterior premisa sobre la que el prelegislador erige el diseño procesal de la fase de investigación merece ser ampliamente matizada. Si bien es cierto que el sistema originariamente implementado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción inicialmente ofrecida en el año 1882, no impidió que durante largo tiempo se atribuyera valor probatorio a las diligencias practicadas durante la fase de instrucción, hoy en día nadie puede dudar que —merced a una vigorosa jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo— esta dudosa práctica ha sido erradicada. Como recuerda, entre otras muchas, la STC 165/2014, de 8 de octubre, «[c]omo regla general, solo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6)».

Tanto es así que el Anteproyecto reproduce sustancialmente las vigentes posibilidades de que el resultado de la fase de investigación acceda al plenario, haciéndolo en términos ciertamente similares a los actualmente contemplados por los arts. 714 y 730 LECrim. Baste para contrastar lo dicho con comparar los referenciados preceptos con la regulación contenida en los arts. 683 a 685 ALECrím.

La exorbitada duración que presentan algunas investigaciones judiciales no guarda relación con el hecho de que la dirección de la investigación se atribuya



al jueces y magistrados, ya que el material recabado durante la instrucción no tiene en la actualidad valor probatorio, sino a la configuración de un sistema de garantías que impone la plena contradicción desde el momento mismo de la incoación del proceso y que admite la posibilidad de impugnar la más nimia de las decisiones, y, ante todo, a la más que evidente insuficiencia de recursos materiales y personales. Asimismo, debe advertirse que, si bien la prueba se practica en el acto de juicio oral, las investigaciones relacionadas con la delincuencia económica, medioambiental, urbanística, administrativa y otras de similar naturaleza, imponen una intensa actividad investigadora a fin de lograr concretar la realización del hecho delictivo y su autoría, precisando las más de las veces del análisis de abundantísima documentación, la práctica de complejas pericias y el interrogatorio de numerosos testigos. En definitiva, no es que se reiteren las diligencias practicadas en la fase preprocesal o que se realicen durante la instrucción aquellas que podrían ser directamente practicadas en el acto de juicio oral, sino que la posibilidad misma de descubrir el hecho y conseguir el castigo del culpable imponen, en un sistema ampliamente garantista como el español, desarrollar una ingente actividad procesal que permita enervar la presunción de inocencia de la persona acusada.

La construcción de un nuevo sistema procesal penal diseñado alrededor de los derechos y garantías constitucionales merece ser aplaudida. No obstante, debe recordarse que el legislador viene asimismo obligado, en palabras de la STC 173/2011, de 7 de noviembre, «[a] habilitar las potestades o instrumentos jurídicos que sean adecuados para que dentro del respeto debido a los principios y valores constitucionales, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cumplan con esta función de averiguación del delito».

La tutela de los derechos fundamentales constituye una tarea propiamente jurisdiccional. Puede, por ello, afirmarse que la intervención del juez de garantías en defensa de los derechos fundamentales de los justiciables



encuentra perfecto acomodo constitucional también en un estadio preprocesal con arreglo al art. 117 CE.

De todo ello puede extraerse dos importantes conclusiones: i) las facultades atribuidas en el Anteproyecto al juez de garantías durante el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal resultan excesivas para una fase preprocesal en donde la actividad jurisdiccional, en buena lógica, debiera circunscribirse a garantizar la efectiva tutela de los derechos fundamentales; ii) el juez de garantías se limita a controlar la actividad desarrollada por el Ministerio Fiscal pero no así la actividad extraprocesal realizada por el resto de las partes intervinientes, incluidas las acusaciones no públicas, o la policía judicial.

Resultaría, por ello, deseable que la intervención del juez de garantías durante el procedimiento de investigación se redujera notablemente, circunscribiéndose a la tutela de los derechos fundamentales cuya efectividad pudiera verse frustrada para el caso de diferirse su control a la fase intermedia, a la adopción de medidas cautelares, así como al aseguramiento de fuentes de prueba, atendida su singular naturaleza.

La posibilidad de diferir el control judicial sobre la completa actividad investigadora a la fase intermedia o, en su caso, a la de juicio oral, no comporta negar al investigado o al resto de partes las garantías que el ordenamiento jurídico les reconoce, y de cuya efectiva realización el Ministerio Fiscal resulta garante por imperativo constitucional y legal. Como señala la STEDH 97/2011, de 2 de octubre (*asunto Delta Pekárny a.s.c. República Checa*), la existencia de un control judicial a posteriori puede compensar la falta de mandato judicial previo y constituye una garantía para asegurar la compatibilidad con el CEDH. Idea que, asimismo, se halla presente en las SSTEDH de 22 de mayo de 2008 (*asunto Kirov c. Bulgaria*) y de 21 de diciembre de 2010 (*asunto Societé Canal Plus c. Francia*), así como en las SSTJUE de 18 de junio de 2015 (C-583/2013) y de 9 de noviembre de 2019 (C-92/2009).



Solo así se lograría una auténtica homologación con el resto de países de nuestro entorno en los que la intervención judicial durante la fase de investigación resulta mucho más limitada y esporádica, erigiendo de ese modo al Ministerio Fiscal en auténtico director de la investigación criminal.

Frente al modelo disperso de control judicial —en el que la fiscalización de la fase preliminar se atribuye a distintos jueces—, el prelegislador ha optado por un modelo concentrado en el que el íntegro control del procedimiento de investigación se atribuye, desde su incoación por el/la fiscal, a un mismo juez de garantías. Así se infiere con claridad del art. 554 ALECRim, al establecer que una vez incoado el procedimiento de investigación por el Ministerio Fiscal inmediatamente se determinará el juez de garantías competente, a quien se le comunicará la asignación del procedimiento. También del art. 558 ALECRim, en cuya virtud el/la fiscal deberá conferir traslado al juez de garantías del acta de la primera comparecencia.

Según señala la exposición de motivos del Anteproyecto, «[s]e ha seguido, de este modo, una opción intermedia entre el modelo de juez único que puede apreciarse, por ejemplo, en el Código portugués —opción por la que apostó la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013— y el de tres jueces —de la libertad, de garantías y de la acusación— propio de los sistemas francés e italiano. La opción tiene su explicación fundamental en la importancia que cobra en el nuevo modelo procesal el juicio de acusación, que, como decisión esencial sobre la admisibilidad de la acción penal y sobre la licitud de la prueba, no ha de estar contaminado por las resoluciones previamente adoptadas en los diversos juicios de “garantía” o de “libertad” realizados por la autoridad judicial durante la fase investigadora».

En nuestra opinión, el diseño procesal del juez de garantías que realiza el texto prelegislativo sometido a nuestro informe contribuye a generar la imagen de una suerte de *juez tutor* de la investigación preliminar, diseñando un sistema



procesal que paradójicamente participa de muchos de los defectos de los que, según el propio prelegislador, adolece la figura del vigente juez de instrucción.

Las razones por las que sometemos a crítica la propuesta del prelegislador en relación con la materia desarrollada en el presente epígrafe son las siguientes:

i) La opción elegida no contribuye a reforzar la imparcialidad del juez, poniendo en riesgo la necesaria distancia psicológica que debe existir entre este y el curso de la investigación. Al igual que sucede en la actualidad con el juez de instrucción, las decisiones que el juez de garantías adopte a lo largo del procedimiento, singularmente en materia de medidas cautelares, pueden condicionar su actuación futura.

ii) Se trata de un modelo que fácilmente se presta a que el juez, por medio de sus decisiones, pueda tutelar o, cuando menos, condicionar el curso de la investigación, convirtiéndose en una suerte de director encubierto.

iii) Resulta lógico pensar que buena parte de las actuaciones a desarrollar por el juez de garantías resulten urgentes, de ahí que la atribución de la competencia en todos los casos —urgentes y no urgentes— al juez que desarrolle funciones de guardia, favorezca su pronta resolución, evitando las consabidas controversias competenciales que de otro modo pudieran producirse.

Resultaría, en consecuencia, aconsejable optar por un modelo difuso de control judicial del procedimiento de investigación o, en su caso, distinguir entre un *juez de garantías* encargado de decidir acerca de la práctica de aquellas diligencias que impliquen injerencias en los derechos fundamentales; un *juez de medidas cautelares* a quien exclusivamente correspondiera decidir acerca de las medidas cautelares personales o reales, y, en última instancia, un *juez de control de la acusación* para el caso de que el legislador considerase



oportuno mantener la posibilidad de que un órgano judicial debiera ejercer tareas de control del fundamento de la imputación durante la investigación preliminar.

Asimismo, sería conveniente que el control del juez de garantías se articulara mediante la configuración de un sistema integral de tutela de derechos fundamentales que permitiera recabar la protección del órgano judicial en todo momento y con independencia de la autoría de la lesión en caso de que cualquiera de las partes alegase la lesión de un derecho fundamental sustantivo o de naturaleza procesal salvo que, en este segundo supuesto, el quebranto denunciado pudiese resolverse en una fase posterior del procedimiento.

En relación a esta posibilidad de diferir a ulteriores fases procesales la tutela de los derechos fundamentales afectados, la STC 71/2021, de 18 de marzo, recuerda que «desde la STC 147/1994, de 12 de mayo (FJ1), cuya doctrina sintetizan más recientemente las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018 (FFJJ, 6, 5 y 5, respectivamente), ha venido manteniendo como regla general que, “en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso”. (...) Ahora bien, para preservar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, hemos establecido —como se recuerda en las citadas SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018— las siguientes excepciones a esa regla general: “i) Cuando las resoluciones judiciales afectan a derechos fundamentales de carácter sustantivo, esto es, distintos de los contenidos en el artículo 24 CE, tanto si se ha ocasionado a los mismos un perjuicio irreparable, como cuando el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo (...) ii)



Cuando se denuncia la vulneración de derechos fundamentales procesales, siempre que la alegada, además de tratarse de una lesión actual —en tanto hace sentir sus efectos de inmediato en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez— hubiera sido analizada y resuelta de forma firme y definitiva en la vía judicial a través de los cauces legalmente establecidos, de forma que ya no podría ser reparada en el proceso judicial en el que se ha producido».

Como con acierto señalaba la STS 980/2016, de 11 de enero, las garantías que el ordenamiento constitucional reconoce a la persona investigada no admiten modulaciones en función del carácter jurisdiccional o extraprocesal de la investigación, «sean cuales fueren las dificultades para la correcta catalogación de esas diligencias de investigación del fiscal —preliminares, preprocesales, preparatorias—, lo cierto es que esa etiqueta nunca puede concebirse como una excusa para despojar al ciudadano de las garantías y límites que nuestro sistema constitucional impone a la actividad investigadora de los poderes públicos, tanto si se trata de un sospechoso llamado por el fiscal u otro ciudadano que, sin haber sido llamado, llega a tener conocimiento de que está siendo investigado por el Ministerio Público».

#### **6.4 Incoación del procedimiento de investigación por el Ministerio Fiscal**

Según se indica en la exposición de motivos, «la actividad de policía judicial propiamente dicha —como acción tendente a la averiguación del delito— debe plasmarse en las normas procesales penales, con la debida determinación del momento en que han de cesar las indagaciones exclusivamente policiales. (...) las indagaciones preliminares de la policía solo estarán justificadas cuando no exista una persona claramente identificada como posible responsable de la infracción criminal. Hecha esta averiguación, la amenaza potencial que la investigación supone para la libertad y los derechos de la persona investigada obligará a formalizar las actuaciones en un procedimiento bajo la dirección



inmediata del Ministerio Fiscal y con la vigilancia de un juez de garantías. (...) Se entiende así que la determinación del sospechoso exige el inicio del verdadero procedimiento de investigación, que lleva consigo garantías formales de gran importancia en beneficio de la persona que se convierte en sujeto pasivo de esa actividad estatal».

Como con claridad expresan los arts. 541.1 y 542.1 ALECrím, la policía judicial deberá cesar en el curso de sus pesquisas preliminares, confirmando traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, tan pronto identifique a la persona presuntamente responsable del hecho delictivo investigado, con la lógica excepción (art. 545.1 ALECrím) de aquellas diligencias cuya práctica se estime indispensable que la policía siga realizando para garantizar el buen fin de la investigación.

Esta conclusión es corroborada por la propia exposición de motivos sobre dicho particular: «[l]a investigación policial cesa con la identificación del sujeto al que se considera responsable, circunstancia que ha de llevar a la incoación de un procedimiento directamente a cargo del Ministerio Fiscal, bajo el control de un juez de garantías».

El Ministerio Fiscal, una vez incoado el procedimiento de investigación, deberá informar de manera inmediata a la persona investigada acerca de la existencia del procedimiento. Así, de conformidad con el art. 557 ALECrím, «[d]esde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el fiscal la convocará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella».

Puede afirmarse que el Anteproyecto distingue —de forma implícita— entre la investigación preliminar de la policía judicial, que se desarrolla con carácter previo a la intervención del Ministerio Fiscal, y el verdadero procedimiento de



investigación que tiene lugar tras el decreto de incoación del fiscal, con arreglo al art. 550.1 ALECrím.

Según la exposición de motivos, «la presente ley distingue las investigaciones policiales preliminares del verdadero procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal. La policía no tiene, en el nuevo sistema, un procedimiento de investigación propio. Puede, y esto es muy distinto, realizar por sí misma determinadas actuaciones investigadoras».

En palabras del prelegislador, «[l]a investigación preliminar es la que se produce cuando no se ha identificado un posible responsable o no hay elementos suficientes para entender como tal a la persona designada en la denuncia o en el atestado policial (...) La tesis reiterada del Tribunal Constitucional es que la atribución de la condición de sujeto pasivo del procedimiento de investigación puede depender de la práctica de diligencias tendentes a la comprobación de la verosimilitud de los posibles cargos. Por tanto, no tiene por qué producirse al inicio del procedimiento. Basta con que, verificada antes de la finalización de la investigación, recaiga en un momento que permita al afectado alegar, aportar y proponer en su descargo lo que considere relevante».

La Directiva 2012/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales*, garantiza a las personas sospechosas o acusadas de ejecutar un delito el derecho a acceder al procedimiento. En palabras de la STJUE de 19 de septiembre de 2019 (asunto C-467/2018), «[l]a Directiva 2012/13 debe interpretarse en el sentido de que las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal han de ser informadas de sus derechos lo antes posible a partir del momento en que las sospechas de que son objeto justifiquen, en una situación que no implique urgencia, que las autoridades competentes limiten su libertad



mediante medidas coercitivas y, a más tardar, antes de que la policía las interrogue por primera vez».

Como recuerda la STS 689/2020, de 14 de diciembre, «la Directiva parte, ciertamente, de un estándar dinámico, de gradualidad en la configuración del objeto procesal y, por tanto, previene un mandato progresivo de información cada vez más cualificada y precisa (...) Lo que se traduce en la posibilidad de identificar diferentes niveles cuantitativos y cualitativos de información a transmitir atendiendo a los distintos estadios del proceso penal. No pueden exigirse las mismas cargas de precisión fáctica y normativa en los primeros momentos del proceso que cuando se formaliza la propia acusación. (...) Nuestro modelo procesal, en lógica y obligada concordancia con el mandato de protección del derecho a conocer la acusación que se deriva de la norma mínima de la Unión Europea, a la luz, además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Constitucional, también garantiza de manera vigorosa ese derecho troncal, estableciendo exigentes cargas informativas desde el mismo momento en que se produzca un presupuesto de imputación —arts. 118 y 520, ambos, LECrim— y durante todo el desarrollo del proceso».

Señala la Circular 3/2018 de la FGE, de 1 de junio, *sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales*, que «[e]n la determinación del momento en que deba hacerse efectivo este derecho a la información debe tenerse en cuenta que la demora podría repercutir negativamente en el ejercicio de su derecho de defensa; pero al mismo tiempo, también debe tomarse en consideración que la precipitación podría perjudicar investigaciones en curso y, lo que es peor, podría dar lugar a imputaciones injustificadas, con el consiguiente posible menoscabo en los derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, en la búsqueda de un criterio que consiga un equilibrio entre ambos intereses controvertidos, no debe nunca perderse de vista que el fin que justifica el derecho de información no es otro



que el ejercicio del derecho de defensa del investigado. En consecuencia, lo que motiva el nacimiento del derecho de información y con él, como se dijo, el nacimiento del estatuto procesal del investigado, deberá ser la existencia de una situación en la que el derecho de defensa pudiera requerir un posicionamiento o actuación concreta por parte de la persona investigada (...) Por lo tanto el derecho a ser instruido de los derechos que le asisten debe ser reconocido a todo investigado en un procedimiento (...) siempre desde el momento mismo en que la investigación ponga de relieve los indicios suficientes acerca de la autoría de los hechos delictivos investigados, sin que sea admisible posponer este momento por necesidades de la investigación». Interpretación ya presente en la Circular 1/2000 de la FGE, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*, que indicaba que las diligencias preliminares del fiscal tendrán por objeto depurar las posibles dudas acerca de la verosimilitud de la noticia criminal recibida.

Las anteriores consideraciones revelan la oportunidad de matizar el contenido de los arts. 541.1, 542.1 y 557 ALECrim y, por lo tanto, graduar esa necesidad de que la policía cese en todos los casos en el curso de las pesquisas preliminares desde el momento en que se produzca la identificación del presunto responsable de los hechos, o de que el/la fiscal practique la primera comparecencia informando así al sospechoso del curso de las diligencias.

Nuestra jurisprudencia ha diferenciado entre la seriedad y relevancia que deba exigirse a los indicios que sirvan de fundamento a la incoación del proceso penal, y la de aquellos que hayan de servir de base al inicio de las investigaciones preprocesales. Existe consenso acerca de la aptitud de las meras confidencias e, incluso, de las sospechas o rumores para el desarrollo de las investigaciones policiales y del Ministerio Fiscal.



Como recuerdan las SSTS 27/2004, de 13 de enero, y 855/2013, de 11 de noviembre, «la desnuda confidencia anónima no puede justificar la petición ni menos la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como ya se dijo en la STS de 10 de abril de 2001, aunque sí puede servir para iniciar una investigación policial». Criterio presente, entre otras muchas, en las SSTS 333/2019, de 27 de junio; 1100/2015, de 18 de marzo, 181/2014, de 11 de marzo; 318/2013, de 11 de abril; 1151/2010, de 17 de diciembre.

En definitiva, no toda sospecha que se cierna sobre un sujeto ni toda pesquisa dirigida a corroborar su veracidad justifican la atribución formal o material de la condición de sospechoso o investigado. Extremo de gran relevancia pues la imputación constituye el presupuesto básico del derecho de defensa.

Los razonamientos anteriores permiten avalar la necesidad de condicionar el cese de la investigación policial, con la consiguiente obligación de incoación del procedimiento de investigación por parte del Ministerio Fiscal, a la aparición de un presupuesto de imputación que justifique la atribución del hecho delictivo. Se revela así la necesidad de sustituir el criterio empleado por los arts. 541.1 542.1 y 557 ALECrím pues la mera identificación del presunto responsable de los hechos no debe constituir el presupuesto que determine la incoación del procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal.

Ciertamente, el art. 556.1 y 2 ALECrím matiza el rígido criterio contenido en el art. 557 ALECrím al señalar que «1. Si al iniciarse el procedimiento no se conoce la identidad de los posibles responsables criminales o no se dispone en dicho momento de elementos suficientes para dirigir la investigación contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial, el fiscal, por sí o a través de la policía judicial, podrá practicar las diligencias necesarias para obtener los datos, informaciones, declaraciones y cualesquiera otros elementos que puedan servir para atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada. 2. Desde el momento en que las referidas diligencias



proporcionen elementos suficientes para atribuir el hecho punible a una persona determinada, el fiscal dispondrá la celebración de la primera comparecencia conforme a lo establecido en el artículo siguiente».

Sin embargo, el meritado precepto (art. 556) no impedirá que la policía venga obligada a cesar en el curso de sus pesquisas en todos aquellos supuestos en que conste identificado un presunto responsable del hecho delictivo, obligando al fiscal a incoar el procedimiento de investigación siempre que exista un presunto sospechoso, aun cuando no concurren indicios de su participación en los hechos o incluso de la realidad de la ejecución del hecho mismo. En nuestra opinión esta práctica resulta desaconsejable pues previsiblemente contribuirá a congestionar aún más nuestras fiscalías exigiendo la incoación de procedimientos de un modo, a buen seguro estéril, en un muy alto porcentaje de casos.

Parece, además, evidente la necesidad de precisar con mayor exactitud cuándo habrá de considerarse que concurren elementos suficientes para atribuir el hecho punible a una persona determinada. Extremo singularmente relevante a la vista de la radical consecuencia procesal que según el art. 560 ALECrim pudiera llegar a asociarse al retraso en la práctica de la primera comparecencia.

## **6.5 Valor probatorio de las diligencias practicadas durante el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal**

Según establece el art. 20.2 ALECrim, «[c]arecerán de valor probatorio las diligencias practicadas en la fase de investigación salvo las practicadas en incidente contradictorio ante la autoridad judicial para el aseguramiento de las fuentes de prueba cuando sea previsible que no se obtendrán en el acto del



juicio o cuando resulte necesaria su práctica en condiciones adaptadas a la especial vulnerabilidad de las personas que hayan de declarar».

La previsión anterior responde a la voluntad, claramente expresada en la exposición de motivos, de privar «de todo valor probatorio [a] las actuaciones practicadas en fase de investigación, que no acceden al juicio oral más que en casos tasados, conforme a un rígido sistema de testimonios».

No obstante, debe precisarse que el prelegislador introduce una lógica e importante excepción a aquella regla general al permitir la posibilidad durante el juicio oral de lecturas de contraste en relación con las declaraciones testificales previamente practicadas durante el procedimiento de investigación. Nótese al respecto que según establece el art. 685 ALECrím, «[c]uando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada o aportada al procedimiento de investigación podrá pedirse, por cualquiera de las partes, su lectura total o parcial, siempre que se aporte en el acto el testimonio de la misma obtenido conforme a lo dispuesto en el artículo 631 de esta ley (...)»  
3. La declaración efectuada en la fase de investigación que sea leída en el juicio oral no tendrá valor probatorio de los hechos en ella afirmados, pero podrá servir para determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio».

Esta excepción por sí sola merecería matizar el radical tenor literal que presenta el art. 20.2 ALECrím pues las contradicciones habidas entre lo manifestado por el testigo durante el procedimiento de investigación y en el acto de juicio oral sí podrán ser valoradas por el órgano de enjuiciamiento al objeto de construir y fundar su convicción.

Con arreglo a los arts. 629.2 c) y 682 y ss. ALECrím, el prelegislador también admite la posibilidad de que puedan acceder al plenario «los documentos e



informes que obren en el procedimiento de investigación que hayan sido propuestos como prueba documental».

El art. 684 ALECrim regula los supuestos más controvertidos, admitiendo la posibilidad de introducir en el plenario, mediante su lectura, el resultado de algunas diligencias practicadas durante el procedimiento de investigación sin contar con la presencia del juez de garantías. Así, al margen de la lectura o reproducción de los actos de aseguramiento de prueba, de la confesión prestada ante el juez de garantías y de la declaración del testigo vulnerable, el art. 684.4 ALECrim establece que también «se leerá la documentación de las diligencias no reproducibles que haya sido incluida en el expediente del juicio oral conforme a lo dispuesto en el artículo 629.2 b) de esta ley». Ciertamente, el precepto matiza que «[e]n cualquier caso, la lectura o designación de las diligencias no reproducibles no exime de las declaraciones testimoniales o periciales que sean necesarias para acreditar su contenido». A pesar de la referenciada apostilla, parece evidente que el tenor del art. 684.4 ALECrim aconseja matizar la redacción empleada en el art. 20.2 ALECrim.

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como fotografías, croquis, resultados de las pruebas de alcoholemia u otras similares se limitan a reflejar determinados datos o elementos fácticos de la realidad. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir por estrictas razones de urgencia o de necesidad (*vid.* SSTC 433/2008, de 3 de julio; 210/2017, de 28 de marzo; 419/2017, de 8 de junio, o 794/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas).

Como recuerda la STS 494/2020, de 8 de octubre, al sintetizar la jurisprudencia sobre dicho particular, «la doctrina más relevante ha elaborado una clasificación doctrinal sobre las distintas pruebas que pueden alcanzar valor preconstituido: i) prueba preconstituida de las diligencias policiales de



prevención: métodos alcoholimétricos; grabaciones de videovigilancia; análisis sobre estupefacientes; inspecciones corporales; geolocalización; ii) prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial: circulación y entregada vigilada de drogas; escuchas telefónicas; intervenciones de datos electrónicos de tráfico; y gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a través del ADN; iii) prueba preconstituida del juez de instrucción».

La jurisprudencia ha otorgado de modo recurrente el valor de prueba preconstituida a las diligencias ejecutadas preprocesalmente cuando su ulterior práctica resulte de imposible ejecución, permitiendo su lectura en el juicio oral con arreglo al art. 730 LECrim, «teniendo valor probatorio sin necesidad de comparecencia de los agentes policiales en la vista oral» (*vid.* SSTS 747/2015, de 19 de noviembre; 904/2016, de 30 de noviembre; 727/2020, de 23 de marzo; o 190/2021, de 3 de marzo, entre otras muchas).

Finalmente, el art. 684.5 ALECrím introduce una novedosa previsión al señalar que «[e]xcepcionalmente y previa audiencia de las partes, el presidente podrá autorizar, de oficio o a instancia de parte, la lectura de la documentación de alguna diligencia realizada en el procedimiento de investigación cuando, siendo de indudable importancia para la causa, no haya podido ser asegurada ni reproducida en el acto juicio oral por la pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente, siempre que la defensa haya tenido la oportunidad efectiva de participar en su práctica en la forma prevenida en esta ley».

Esta posibilidad supone conceder valor probatorio a las diligencias preprocesales practicadas por el Ministerio Fiscal en situaciones excepcionales, lo que se muestra plenamente compatible con la jurisprudencia del TEDH —*vid.* SSTEDH de 22 de noviembre de 2012 (*Asunto Tseber c. la República Checa*); de 19 de febrero de 2013 (*Asunto Gani c. España*); de 16 de



diciembre de 2014 (*Asunto Horncastle y otros c. Reino Unido*); o de 23 de junio de 2015 (*Asunto Balta y Demir c. Turquía*)—.

Las anteriores consideraciones permiten sugerir la modificación de los arts. 20.2 y 684 ALECrim al objeto de admitir, mediante su lectura en el acto de juicio oral, la práctica como prueba preconstituida de todas aquellas diligencias que a pesar de haber sido realizadas en un estadio preprocesal resulten irreproducibles en momentos procesales posteriores. Nótese, a modo de ejemplo, que en realidad nunca resultará posible la reproducción de una prueba alcoholimétrica o de una videograbación pues la práctica de aquellas diligencias se agotará en todos los casos al momento de su ejecución. En estos casos, lo único que cabrá será recibir declaración a los agentes actuantes a fin de que describan el modo en que practicaron la diligencia, lo que en ningún caso supondrá su ejecución en el juicio oral ni, por lo tanto, su ratificación. La manifestación de los agentes, al igual que toda prueba testifical que se practique durante el plenario, servirá para discutir contradictoriamente los términos en que la diligencia fue practicada. En definitiva, si la diligencia admite ratificación es porque admite su práctica en el plenario.

Estas razones, por lo demás, justifican conceder una nueva redacción a los arts. 344 y 629.2 b) ALECrim, similar en este punto a lo preceptuado por los arts. 484 y 678 en materia de análisis de laboratorios oficiales.

Asimismo, parece razonable concretar con mayor precisión los supuestos en que, de conformidad con lo preceptuado por el art. 685.4 ALECrim, cabría otorgar valor probatorio a las diligencias practicadas durante el procedimiento de investigación. Los términos empleados por el prelegislador resultan ciertamente indeterminados y amplios, permitiendo las más variadas interpretaciones en detrimento de la necesaria certeza jurídica. A tal efecto, resultaría lógico introducir en la norma los criterios jurisprudenciales sentados



por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos a partir de la STEDH de 15 de diciembre de 2011 (*asunto Al-khawaja y Tahery c. Reino Unido*).

Por otro lado, también parece necesario evidenciar el dudoso tratamiento ofrecido por el Anteproyecto a las denominadas diligencias de investigación visual y, en particular, a los reconocimientos fotográficos y en rueda.

Según establecen los arts. 623 y 693 ALECrím, procederá el sobreseimiento de las actuaciones o, en su caso, la absolución, cuando la atribución del hecho delictivo descansa únicamente en la identificación visual del investigado/acusado sin que concurren otros elementos de corroboración.

La exposición de motivos del Anteproyecto señala al respecto que «el nuevo modelo exige expresamente que concurren elementos de corroboración suficientes cuando la única prueba de la acusación es un testimonio de referencia, la mera identificación visual del acusado o la sola declaración de un coacusado».

El texto prelegislativo introduce en este punto *correcciones* al principio de libre valoración de la prueba mediante la implementación de reglas de valoración tasada. En estos casos el prelegislador pretende prescribir al juez el criterio que debe asumir cuando la única prueba de cargo sea la declaración de la víctima o testigo, unida al reconocimiento visual del sujeto activo del delito.

Debemos recordar que los métodos de prueba tasada fueron desterrados de los sistemas procesales modernos fruto del convencimiento de su inidoneidad para hallar la *verdad procesal*. Como recuerda la STS 262/2006, de 11 de septiembre, «lo relevante es que exista prueba y no que tal prueba provenga de una fuente determinada» pues, en palabras de la STS 55/2015, de 16 de marzo, lo determinante a la hora de valorar de la prueba es «que se ponderen



los distintos elementos que constituyen la actividad probatoria, sin que de esa ponderación pueda excluirse (...) la prueba de descargo».

La regulación ofrecida por el prelegislador al reconocimiento visual del sujeto activo del delito (arts. 623 y 693 ALECrím) no solo entendemos que resulta contraria al principio de libre valoración de la prueba sino que, además, parece olvidar la dinámica comisiva de algunos de los más graves delitos sancionados por nuestro Código Penal, singularmente, los delitos contra la libertad sexual y la práctica totalidad de los delitos patrimoniales de apoderamiento, motivos estos por los que interesamos su reconsideración por el prelegislador.

Como con todo acierto señala la STS 352/2021, de 29 de abril, «puede ocurrir —y sucede en muchas ocasiones— que el volumen probatorio es reducido. Y no porque las partes no hayan tenido el fallo de no aportarlas, sino porque sencillamente no hay más. Las pruebas eran las que eran, y no pueden encontrarse más de las que hay. Es en estos momentos en los que la decisión se presenta complicada a la hora de valorar la "calidad y contenido" de las pruebas que hay, que son pocas. Y en algunos casos la única. Podemos fijar como reglas básicas esenciales en este caso las siguientes: 1.- La regla general en apoyo de la exigencia de corroboración periférica de la declaración de la víctima lo es "cuando esta es posible": (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 721/2015 de 22 oct. 2015, rec. 888/2015) [...] Sin embargo, la corroboración periférica de la declaración de la víctima no puede exigirse cuando, tal y como suceden los hechos, es inviable que esa corroboración exista. Por ejemplo, los cometidos en la intimidad del hogar o de las relaciones entre sujeto activo y pasivo del delito, como aquí ocurrió. [...] La declaración de la víctima en torno a la credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, según las pautas jurisprudenciales, debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa). (Tribunal Supremo, sentencia 821/2015 de 23 dic. 2015, rec. 10391/2015). 6.- Las



dificultades de los delitos sexuales para encontrar más pruebas que la declaración de la víctima».

En definitiva, nuestros tribunales se han encargado de establecer, a través de un nutrido y consolidado cuerpo jurisprudencial, los requisitos que deberá reunir la declaración de la víctima o del testigo cuando constituya la única prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia de la persona acusada. En estos casos se exige una prudente y cuidadosa valoración que pondere la credibilidad de la víctima o testigo en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, con particular atención a la constatación de ausencia de incredibilidad subjetiva, al grado de verosimilitud que presente el relato, así como a la persistencia en la incriminación a lo largo del procedimiento (*vid.* SSTS 257/2021, de 18 de marzo; 180/2021, de 2 de marzo; 125/2021, de 2 de marzo; 102/2021, de 5 de febrero; 99/2021, de 4 de febrero; 119/2019, de 6 de marzo; 568/2016, de 28 de junio).

## **6.6 Sistema de plazos procesales en el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal**

Según establece el art. 574 ALECrim, transcurridos doce meses desde la primera comparecencia o dieciocho meses en el caso de investigaciones desarrolladas por la Fiscalía de la Audiencia Nacional o las Fiscalías Especiales, la defensa de la persona investigada podrá solicitar al juez de garantías la fijación de un plazo máximo para la conclusión del procedimiento de investigación.

El prelegislador, en contraste con el actual sistema de plazos del art. 324 LECrim, ha descartado sujetar las investigaciones a límites máximos de duración establecidos apriorísticamente, y faculta al juez de garantías para fijar



un plazo máximo de considerar que el procedimiento se ha prolongado más allá de lo razonable (art. 576).

Como recuerda la Circular 1/2021 de la FGE, de 8 de abril, *sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, «[e]l legislador no ha ofrecido una definición normativa del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que permita delimitar con una mínima precisión su contenido. De ahí que, sin perjuicio de su configuración como derecho fundamental y como garantía procesal a través del que tutelar la duración de las actuaciones procesales, la referencia a un proceso sin dilaciones indebidas aparezca, ante todo, como un concepto jurídico indeterminado».

En palabras de la STS 29/2021, de 20 de enero «el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, *Caso González Doria Durán de Quiroga c. España*, y STEDH de 28 de octubre de 2003, *Caso López Solé y Martín de Vargas C. España*, y las que en ellas se citan)».

Parece, por ello, razonable que se articulen mecanismos que garanticen la efectiva tutela del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas



(art. 24.2 CE), facultando a los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias al objeto de conjurar la lesión de aquel derecho fundamental. Cosa distinta es, sin embargo, que consideremos que la concreta solución ofrecida por el Anteproyecto resulte la más acertada.

En primer lugar, debe precisarse que la redacción ofrecida a los arts. 574 y ss. ALECrím corre el riesgo de producir una indeseable confusión entre los conceptos de «dilación» y «dilación indebida». Por ello, para conjurar este peligro, parece conveniente explicitar en el tenor literal de los arts. 574 y 576 ALECrím que la posibilidad de fijar un plazo máximo debe reservarse a los supuestos en que se aprecie la lesión de aquel derecho fundamental. Lesión que únicamente podrá entenderse producida cuando la actividad del director de la investigación se repute poco diligente y no, en cambio, cuando la duración del procedimiento resulte de su complejidad, de la actitud de la persona investigada o, en definitiva, de cualesquiera otras causas ajenas al comportamiento procesal del director de la investigación.

Como con reiteración ha recordado el Tribunal Constitucional, el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no supone que se haya constitucionalizado en nuestro ordenamiento un derecho a los plazos procesales (*vid.* SSTC 82/2006, de 13 de marzo; 187/2004, de 18 de octubre o 177/2004, de 18 de octubre).

Por otro lado, debe recordarse que la fijación de un plazo máximo para concluir la investigación debe ser ponderada con el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a las partes. Derecho fundamental este que ampara la necesidad de que sean practicados los medios de investigación pertinentes y útiles para lograr durante la fase de investigación el esclarecimiento de los hechos que constituyen objeto del procedimiento.



Adviértase, en consonancia con lo dicho, que el TJUE ha reiterado que la fijación de límites temporales resultará contrario al derecho de la Unión cuando con ello pueda comprometerse el buen fin de las investigaciones —*vid.* SSTJUE de 5 de diciembre de 2017 (asunto C-42/17); de 5 de junio de 2018, (asunto C-612/2015) o 12 de febrero de 2020 (asunto C-704/2018)—.

Las consideraciones apuntadas *supra* permiten afirmar que la posibilidad de que el juez establezca un límite máximo para concluir la investigación, no susceptible de prórroga, así como que la resolución judicial en la que así se establezca no admita recurso, constituye una solución procesal excesivamente radical que, a la postre, pudiera resultar incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE.

Se sugiere, en consecuencia, modificar el tenor literal de los arts. 574 y ss. ALECrIm al objeto de permitir que las partes puedan solicitar la prórroga de la duración de las investigaciones cuando, ya agotado el plazo máximo fijado por el juez de garantías, este se revele insuficiente. Si de conjurar el riesgo de que se produzcan dilaciones indebidas se trata, lógico será permitir que el juez verifique si la necesidad de otorgar un nuevo plazo obedece bien a la falta de diligencia del director de la investigación, bien a otras circunstancias inherentes al propio curso de las indagaciones.

Asimismo, a la vista de la evidente trascendencia que la fijación de un plazo máximo de investigación tiene para el derecho a la tutela judicial efectiva, consideramos necesario modificar el art. 576 ALECrIm a fin de permitir que la decisión del juez de garantías consistente en establecer un plazo máximo pueda ser impugnada por el Ministerio Fiscal y las acusaciones no públicas.



### **6.7 Configuración del sobreseimiento: la cuestionable renuncia definitiva al ejercicio del *ius puniendi***

El Anteproyecto introduce importantísimas novedades en materia de sobreseimiento. Así, frente a la actual regulación de este instituto jurídico que realizan los arts. 637 y 641 LECrim, distinguiendo entre el sobreseimiento provisional y el libre, el prelegislador únicamente diferencia dos modalidades de sobreseimiento hasta la fecha desconocidas: el decretado por el Ministerio Fiscal durante el procedimiento de investigación y el sobreseimiento judicial.

La diferencia entre ambas clases de sobreseimiento no resulta baladí pues mientras que el sobreseimiento decretado por el/la fiscal admite la reapertura del procedimiento de investigación en los supuestos expresamente previstos por el art. 590 ALECrím, el sobreseimiento judicial no lo permite, produciendo en todos los casos efectos de cosa juzgada. Así lo dispone con meridiana claridad el art. 158.1 ALECrím cuando señala que «[e]n el proceso penal tendrán efecto de cosa juzgada, una vez firmes, los autos de sobreseimiento, cualquiera que sea su causa y el momento en que se dicten, y las sentencias». Previsión que el art. 627 ALECrím reitera en similares términos en relación con el sobreseimiento acordado durante la fase intermedia.

Debe, asimismo, precisarse que el juez podrá decretar el sobreseimiento de las actuaciones, además de en la fase intermedia, en el procedimiento de investigación. Así, el art. 555 ALECrím prevé que el juez de garantías podrá acordar, a instancia de parte, el sobreseimiento de los hechos que carezcan manifiestamente de relevancia penal en cualquier estado del procedimiento de investigación.

Por otro lado, el art. 622 ALECrím establece que tras celebrarse la audiencia preliminar, el juez acordará el sobreseimiento cuando no aprecie indicios racionales de criminalidad, cuando la infracción haya prescrito, cuando ya



hubiera recaído una resolución con efectos de cosa juzgada o, incluso, cuando la acusación no se encuentre suficientemente fundamentada o se haya ocasionado un perjuicio irreparable a la defensa por haberse retrasado indebidamente la primera comparecencia. De este modo, tal y como se indica en la exposición de motivos, «si en su labor de depuración el juez estima que la acción penal ejercitada contra el acusado no está suficientemente fundada, el sobreseimiento que dicte tendrá siempre pleno efecto de cosa juzgada. El acusador, por tanto, no podrá presentar la acción penal con una intención meramente exploratoria. Deberá asumir que las consecuencias del ejercicio de la acción contra un ciudadano son siempre definitivas. Por su parte, el ciudadano que ha sido formalmente acusado podrá, de este modo, obtener un pronunciamiento seguro sobre la responsabilidad que se le atribuye en los hechos punibles».

En nuestra opinión, la opción elegida por el prelegislador no resulta la más acertada, pues debe regularse con suma prudencia la posibilidad de decretar el sobreseimiento libre o, con arreglo a la terminología empleada por el prelegislador, de atribuir efectos de cosa juzgada al sobreseimiento judicial.

Como recuerda la STC 40/1988, de 10 de marzo, «nada debe impedir una eventual y posible reapertura de las investigaciones sumariales si llegan a producirse nuevas pruebas demostrativas de la existencia del delito imputado y de la participación que determinadas personas pueden haber tenido en él, pues nada impone, fuera de los términos de la prescripción del delito, una renuncia al *ius puniendi* del Estado y de la persecución de las actividades criminales». Todo ello, sin perjuicio de que tal y como señalara la STC 34/1983, de 6 de mayo, «el auto de sobreseimiento provisional, por su propia naturaleza, no puede jurídicamente afectar a la presunción de inocencia».

En definitiva, no existen razones que justifiquen renunciar definitivamente al ejercicio del *ius puniendi* al margen de los supuestos de prescripción del delito



cuando no haya existido enjuiciamiento o tan siquiera se haya llegado a ejercitar la acción penal.

La exposición de motivos contiene, asimismo, diversas referencias al sistema recogido por la Ordenanza alemana y el Estatuto de Roma en materia de sobreseimiento. Pues bien, no es este el modelo que siguen los textos citados: la Ordenanza permite la reanudación de la acusación en base a nuevos hechos y pruebas, y el Estatuto de Roma señala en su art. 61.8 que «la no confirmación de un cargo por parte de la sala de cuestiones preliminares no obstará para que el fiscal la pida nuevamente a condición de que presente pruebas adicionales».

Contrariamente a cuanto parece inferirse de la exposición de motivos del Anteproyecto, el sobreseimiento libre de las actuaciones no puede operar a modo de sanción procesal frente a un ejercicio poco diligente de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal. Sin perjuicio de la posibilidad de establecer otro tipo de reacciones jurídicas frente a las acusaciones que presenten un fundamento insuficiente, la posibilidad de dictar el sobreseimiento libre debe circunscribirse a los casos en que se aprecien presupuestos materiales que así lo impongan, tal y como en la actualidad regula el vigente art. 637 LECrim. Nótese que, abstracción hecha de los evidentes espacios de impunidad a que pudiera dar lugar la regulación del sobreseimiento que realiza el texto prelegislativo, la atribución de efectos de cosa juzgada a la totalidad de las resoluciones judiciales que acuerden el sobreseimiento podría suponer una quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE

Similares razones aconsejan eliminar la posibilidad de que el juez de garantías pueda desarrollar un control acerca del fundamento de la acusación durante el procedimiento de investigación. No en vano, debe recordarse que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene entre sus principales



misiones la defensa de los derechos y garantías constitucionales con pleno sometimiento a los principios de legalidad e imparcialidad. Por ello, entendemos que el Ministerio Público debe ostentar plena autonomía durante la investigación preprocesal, particularmente a la vista de que la intervención jurisdiccional durante dicha fase debe quedar principalmente circunscrita a la tutela de los derechos fundamentales.

Asimismo, debemos subrayar que la *radical sanción* asociada al insuficiente fundamento de la acusación que el juez puede apreciar durante la fase intermedia puede frustrar una de las principales finalidades que el prelegislador dice perseguir con el Anteproyecto. Así las cosas, si se pretende poner coto al carácter sobredimensionado que en la actualidad presenta la fase de instrucción, no parece razonable *apercibir* al fiscal con la posibilidad de que la falta de elementos de prueba pueda conducir al sobreseimiento libre de las actuaciones. De mantenerse dicha previsión lógico es pensar que el temor a que dicha eventualidad acontezca conduzca, en prevención, a una práctica más que exhaustiva de diligencias.

Conviene, además, precisar que se aprecian diversas imprecisiones técnicas en la redacción del art. 622 ALECrim. Se observa así una notable ambigüedad en su redacción pues se establecen como razones que deben conducir al sobreseimiento judicial «la ausencia de fundamentación suficiente» de la acusación y «la causación de un perjuicio irreparable a la defensa». La relevancia de la consecuencia procesal asociada a la apreciación del supuesto de hecho contemplado por la norma exige que la redacción del precepto presente mayor claridad, de modo que se garanticen la necesaria certeza y seguridad jurídica.



## **6.8 Ausencia de previsión de una oficina fiscal dotada de medios suficientes**

Pese a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es la norma apropiada específicamente para la regulación de la oficina fiscal, lo cierto es que en su Anteproyecto se perfila el diseño que se prevé de la misma.

Así las cosas, la exposición de motivos indica que «[s]e ha optado por un sistema de gestión documental simplificado gracias a los instrumentos que proporciona la nueva oficina judicial. Esta puede servir simultáneamente de soporte orgánico de la labor de fiscal y del juez que actúan en el procedimiento. (...) La existencia de esta “oficina” a cargo de un letrado de la administración de justicia y al servicio común del juez y del fiscal evitará toda duplicidad documental. Será esta oficina pública la única sede física del procedimiento, bajo la custodia del mencionado letrado».

En consecuencia, el Anteproyecto pretende la creación de una «nueva oficina judicial», en palabras del prelegislador, a cargo de un letrado de la administración de justicia y al servicio común del juez y del fiscal.

Resulta indiscutible que el nuevo modelo procesal penal proyectado exige una necesaria adaptación de los medios personales existentes en los juzgados y en las fiscalías, pero la reorganización apuntada en el texto genera disfunciones que pueden frustrar los propios objetivos del nuevo sistema.

El concepto de «nueva oficina judicial» que emplea el Anteproyecto ya fue acuñado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, configurándola como una organización de carácter instrumental que presta soporte y apoyo necesario a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales. Atendiendo a las particularidades propias de las fiscalías, se diseñaron las oficinas fiscales a las



que se refiere la disposición adicional séptima de la LO 19/2003. Por ello, entendemos que no resulta coherente con las funciones que pretendidamente va a desarrollar esa futura oficina única y puede generar confusión en cuanto a sus cometidos.

La oficina fiscal no puede integrarse como un apéndice dentro de la estructura de la «nueva oficina judicial» porque, básicamente, no lo es. En una fiscalía se desarrollan actuaciones más allá de la jurisdicción penal (jurisdicción civil, social, contencioso-administrativa), lo que exige contar necesariamente con medios personales propios y con una oficina fiscal propia.

El informe emitido en fecha 25 de octubre de 2017 por el Consejo Fiscal, *sobre el Proyecto de Orden del Ministerio de Justicia por la que se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas fiscales incluidas en la segunda fase del plan de dicho Ministerio para la implantación de la nueva oficina fiscal*, indicó que «la organización de las fiscalías tiene sus singularidades propias, sin que sea ni deseable ni acertado reproducir la organización de los juzgados y tribunales, por cuanto su configuración y funciones son distintas».

Como se puso de manifiesto en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, en relación con la implantación de la oficina fiscal, «los obstáculos son variados y van desde una falta de previsión presupuestaria, a veces por el hecho de pretender ligar la implantación a la de la oficina judicial, o una infructuosa tramitación de los instrumentos legales autonómicos que tienen que dar cobijo a la oficina; en realidad, en tantas ocasiones lo que ocurre es una falta de priorización dentro de los proyectos de la administración correspondiente».

Volviendo al modelo apuntado de oficina única, debe señalarse que son múltiples las incógnitas que suscita y los problemas prácticos que se adivinan.



En primer lugar, se desconoce si se pretende mantener algún tipo de oficina fiscal o si pasará a integrarse totalmente en la nueva oficina única. Tras la referencia a la «nueva oficina judicial» que realiza el Anteproyecto, la Memoria de análisis de impacto normativo que lo acompaña hace constar expresamente que «el despliegue territorial llevado a cabo por el Ministerio Fiscal ha venido adelantarse a las necesidades presenciales que supondrá el cambio de modelo procesal penal. De este modo se producirá un aprovechamiento óptimo de los recursos, con la necesaria adaptación de la oficina fiscal a las nuevas exigencias del proceso». Se desconoce, por consiguiente, si esa necesaria adaptación supondrá el mantenimiento de la oficina fiscal o su desaparición dentro de la «nueva oficina judicial».

Asimismo, tampoco se conoce si la creación de esa «nueva oficina judicial» implicará el mantenimiento de las unidades administrativas en los términos del art. 439 LOPJ, como unidades que, sin estar integradas en la oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la organización de la administración de justicia para la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la oficina judicial sobre los que tiene competencias, así como sobre los medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales.

De mayor calado resulta la indefinición de la relación que se establece entre el letrado de la administración de justicia encargado de esa «nueva oficina judicial» y los integrantes del Ministerio Fiscal. Así, por ejemplo, se desconoce si se articulará algún tipo de dación de cuentas del letrado al fiscal en términos similares a los dispuestos para ello en relación con el juez. En este punto, debe recordarse que, conforme a la disposición final quinta del Anteproyecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil será norma supletoria y que respecto de la misma no se realiza mención alguna en cuanto a su reforma, indicándose en el art. 178.1 LEC que «[l]os letrados de la administración de justicia darán cuenta a la Sala, al ponente o al juez, en cada caso, de los escritos y documentos presentados



en el mismo día o en el siguiente día hábil, cuando contuvieran peticiones o pretensiones que exijan pronunciamientos de aquellos».

Debe señalarse igualmente que, conforme a lo establecido en el art. 97.3 ALECrím, los equipos de investigación podrán estar dotados de unidades propias de policía judicial y de peritos o expertos adscritos, sin que se conozca si las relaciones entre dichas unidades adscritas y los concretos integrantes de los equipos de investigación se realizarán directamente o a través de la «nueva oficina judicial».

#### **6.9 Régimen de documentación de las actuaciones: gestión documental y omisión de desarrollo normativo del expediente judicial electrónico**

La indefinición del modelo de oficina fiscal que deba desarrollarse y de la relación entre el letrado de la administración de justicia y el/la fiscal se pone de manifiesto, asimismo, en la regulación de la documentación de las actuaciones o «gestión documental simplificada» a que alude la exposición de motivos sin plasmación posterior en el texto del Anteproyecto. El Capítulo III del Título III del Libro I («régimen general de las actuaciones, las resoluciones y las pruebas») aborda el régimen de documentación del procedimiento de investigación pero obvia la reglamentación general de la documentación de la fase intermedia, el juicio oral, la ejecución, los procesos especiales o cada una de las comparecencias previstas que se efectúen ante el juez de garantías, en las que se producen actuaciones procesales de las partes y del órgano judicial que configuran la genuina actuación procesal *jurisdiccional* conforme al modelo procesal desarrollado en el Anteproyecto, necesitadas de documentación y adveración, estas sí, por el letrado de la administración de justicia.

Sin perjuicio de abordar el análisis detallado de los preceptos correspondientes en las adendas adjuntas al presente informe, cabe reseñar ahora que



consideramos insuficiente la regulación que fragmentariamente se hace de la documentación de las actuaciones procesales *jurisdiccionales* en distintos preceptos no sistematizados en los que en muchos casos no se hace mención a las funciones del letrado de la administración de justicia, y cuando se regula no concuerda con la reglamentación de la documentación contenida en la LOPJ y en la LEC, supletorias también en esta materia de lo dispuesto en la futura norma procesal penal, conforme establece el art. 140.1 ALECrím. Como ejemplo de regulación claramente insuficiente y no concordante cabe destacar aquí la documentación del acto de juicio oral en la que ninguna mención se hace del levantamiento de acta por el letrado de la administración de justicia, obviando los problemas planteados en múltiples ocasiones que han dado lugar a declaraciones de nulidad de juicios orales en supuestos de defectuosa grabación de los mismos.

Frente a la deficiente regulación de la documentación de las actuaciones procesales *jurisdiccionales*, el prelegislador aborda la reglamentación de la documentación del procedimiento de investigación atribuyendo la custodia y la formación del expediente a un letrado de la administración de justicia de un servicio común procesal, se entiende que de la «nueva oficina judicial» a que antes hacíamos referencia.

Sin embargo, consideramos que la formación del expediente y su custodia durante la fase de investigación debe corresponder al Ministerio Fiscal, que actúa a través de órganos propios y con autonomía funcional respecto del Poder Judicial (art. 2 EOMF), órganos fiscales que deberán contar con «el personal técnico y auxiliar necesario para atender al servicio que dependerá de los Fiscales Jefes respectivos, sin perjuicio de la competencia que corresponda a otros órganos en la esfera que les sea propia» (art. 71 EOMF), de modo que en el ejercicio de su función investigadora debe dotarse a sus órganos y oficinas fiscales de medios personales propios y la plantilla necesaria para afrontar la labor que se le encomienda, racionalizando y afrontando de una



forma eficiente su organización, pero sin que en modo alguno pueda estar el fiscal director de la investigación auxiliado en su función por un servicio común procesal de la oficina judicial diseñada para servir «de soporte y apoyo a la función jurisdiccional de jueces y magistrados», conforme disponen los arts. 435 y ss. LOPJ.

El legislador se aparta de la configuración del expediente en el procedimiento de responsabilidad penal de los menores, cuya documentación y custodia corresponde a la oficina fiscal bajo la responsabilidad de los fiscales de las secciones de menores que los dirigen, como aparece regulado en la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

No se define la relación del fiscal con el letrado de la administración de justicia al que se atribuye la formación del expediente y no se le pone al frente de la oficina fiscal sino de un servicio común procesal. No es necesaria su intervención para dar fe de las diligencias de investigación, correspondiendo al fiscal la extensión de acta del resultado de la diligencia de investigación (art. 150.2 ALECrím), pues no se contempla con carácter general la intervención del letrado a excepción de aquellos supuestos en que se establece expresamente (*v. gr.* diligencia de entrada y registro en domicilio), limitándose este a unir al expediente las actas realizadas por el fiscal director de la investigación.

En consecuencia, parece desprenderse del texto del Anteproyecto que se mantiene la presunción de autenticidad de las diligencias realizadas por el Ministerio Fiscal prevista en el art. 5 EOMF, en virtud del cual «todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se llevan a cabo bajo su dirección, gozan de presunción de autenticidad».

Esta presunción significa que las diligencias gozan del beneficio de la verdad formal, hace fe de la realización efectiva de las diligencias, y que su resultado



es el que consta reflejado documentalmente, pero no asegura fehacientemente la verdad material, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido material, quedando siempre sometido a la apreciación judicial (Circular 1/1989 de la FGE, *sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado por la Ley 7/1988*; Instrucción 2/2000 de la FGE, *sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las fiscalías ante la entrada en vigor de la L.O. de responsabilidad penal de los menores*; e Instrucción 3/2004 de la FGE, *sobre las consecuencias de la desaparición del secretario en las secciones de menores de fiscalía*).

Así las cosas, es reproducible para el procedimiento de investigación previsto en el Anteproyecto la conclusión de la Instrucción 2/2000 de la FGE en cuanto a que «ante la previsión del art. 5 del Estatuto, no modificada en sus términos por la Ley 5/2000, y que se mantiene en la nueva redacción que del mismo hace la Ley 12/2000, que lo reforma, las diligencias de procedimientos de menores, necesariamente han de ser practicadas siempre ante el Fiscal instructor, y no requerirá para su validez de la intervención de ningún otro funcionario, debiendo observarse en las forma de esos actos todas la garantías legales». Conclusión esta que fue avalada por el TC en su STC 206/2003, de 1 de diciembre.

Por consiguiente, consideramos carente de justificación la atribución al letrado de la administración de justicia de funciones relacionadas con la documentación del expediente de investigación, no vinculadas directamente con la fe pública judicial y que pueden ser asumidas por los funcionarios de la oficina fiscal bajo la dirección del fiscal correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 476, 477 y 478 LOPJ y en los Reglamentos de desarrollo del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa y del Cuerpo de Auxilio judicial, en relación con la disposición adicional séptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial*.



Así, el art. 476 LOPJ atribuye a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa las funciones de gestionar la tramitación de los procedimientos, practicar y firmar las comparencias que efectúen las partes en relación con los procedimientos que se sigan en el órgano judicial, respecto a las cuales tendrá capacidad de certificación, documentar los demás actos cuya naturaleza lo requiera, realizar las tareas de registro, recepción y distribución de escritos y documentos y, expedir copias simples de escritos y documentos que consten en autos no declarados secretos ni reservados.

Todo ello sin perjuicio de que la digitalización del expediente pueda facilitar su integración y la gestión posterior del procedimiento por el letrado de la administración de justicia cuando se llegue a la fase jurisdiccional del proceso penal, así como los diversos traslados al juez de garantías cuando sea pertinente.

Sin embargo, el Anteproyecto en ningún momento hace referencia a la existencia de un expediente electrónico judicial o fiscal, con excepción de menciones aisladas a la posibilidad de acceso a las particularidades de un expediente electrónico allí donde se hubiera implantado (art. 629.4 ALECrím) o a la posibilidad de uso de documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, pero sin abordar cómo todos ellos pueden conformar un expediente judicial electrónico cuando gran parte de las actuaciones se documentan mediante acta complementadas con soportes audiovisuales conteniendo su grabación.

La regulación del expediente electrónico judicial y fiscal debiera ser objeto de desarrollo normativo dentro del propio Anteproyecto, bien de modo expreso, bien mediante la supletoriedad de un código procesal electrónico, pero no consideramos que sea viable con la actual regulación de la LOPJ y la Ley 18/2011, de 5 de julio, *reguladora del uso de las tecnologías de la información y*



*la comunicación en la Administración de Justicia, y con la existencia de diversos sistemas de gestión procesal que no son compatibles entre sí.*

El panorama tecnológico de la administración de justicia es heterogéneo en dos sentidos: la existencia de plataformas distintas para ejercer las mismas funciones y el distinto nivel de desarrollo e implantación de un escenario de justicia digital.

Se considera necesario dotar al Ministerio Fiscal de un sistema de gestión del procedimiento. No solo en lo que se refiere al procedimiento de investigación sino en cuantas funciones la ley prevé para el mismo. El fiscal ya no es solo una parte en un procedimiento regido por el órgano judicial (como sigue siendo, obviamente, el proceso de enjuiciamiento y de ejecución), sino que es gestor, director e impulsor de procedimientos propios.

En el panorama actual son varias las administraciones que proveen de los medios materiales al Ministerio Fiscal, con la particularidad, en lo que ahora interesa, de que ello genera la existencia de una pluralidad de herramientas que, como plataformas de gestión procesal, sirven para dar acogida a la tramitación de los procedimientos judiciales en los que, sin duda, tendrán que tener similar cabida los nuevos procedimientos, en especial, un procedimiento como el de investigación en el que el sujeto rector no es un órgano judicial sino el Ministerio Fiscal.

El órgano judicial competente para dirigir la instrucción desarrolla el procedimiento con un motor de gestión procesal que lo mismo que hoy sirve para esa organización judicial debe valer, con las modificaciones necesarias, para una organización fiscal en la que habrá que hacer los cambios oportunos.

Ahora bien, el Ministerio Fiscal, a través de la Fiscalía General del Estado, debe ejercer desde el primer momento un poder de dirección que tiene de



forma natural y que se apuntala en su Estatuto y en el Real Decreto 93/2006, de 3 de febrero, *por el que se regula el sistema de información del Ministerio Fiscal*. Debe ser nuestra institución la que fije los parámetros con los que se le ha de brindar el servicio por las distintas administraciones prestatarias y la que valide su ejecución final.

El panorama actual, el escenario futuro y las actuaciones que han de realizarse se ven reforzadas con la existencia del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE) en el que el Ministerio Fiscal tiene una presencia y una voz individualizadas que le permiten relacionarse y coordinarse con otros interlocutores que allí se encuentran, que son fundamentalmente las distintas administraciones que le brindan los servicios.

La actuación en este caso no puede ser más clara. Todas las administraciones, todos los titulares de aplicaciones de gestión tienen el mismo problema: la profunda modificación del módulo penal y anejos. Esta es la oportunidad para que en el seno del CTEAJE se elaboren unos esquemas y flujos de tramitación y unos modelos documentales que alimenten esos módulos. La tarea es tan ingente que solo obrar de esa manera permitirá disponer a tiempo de unos servicios imprescindibles con unos costes adecuados.

El sistema de roles desarrollado por el Anteproyecto y las funciones y tareas específicas que corresponden al Ministerio Fiscal permiten hacer hincapié en determinadas cuestiones que deberán abordarse (sin que la actual exposición sea totalizadora):

1.<sup>a</sup>) La necesidad de interconexión con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para el intercambio de documentación por vía segura. Ello se extiende a los que el art. 530 ALECrím contempla como funcionarios integrantes de organismos y servicios públicos.



Las nuevas relaciones con la policía judicial (instrucciones generales y particulares, comunicaciones: arts. 531, 532 y 533 ALECrím) tienen que articularse a través de una plataforma de comunicación que asegure tanto la acreditación de la misma como la conservación del repositorio documental que se comparte, transmite y recibe.

No resulta válida la actual disponibilidad del sistema de comunicaciones Lexnet ya que la relación que se describe entre policía y Ministerio Fiscal supera a la que actualmente existe entre órganos judiciales y policía judicial. Son más bien herramientas colaborativas (tipo *Teams*, como ejemplo) las que parece que han de servir al modelo de relación entre el Ministerio Fiscal y las fuerzas policiales, pues se atisba una situación que responde a esquemas de colaboración, jerarquización, compartimiento de información y comunicación. El rastro de esas relaciones debe generar un repositorio documental susceptible de recuperarse o traerse a colación cuando sea menester.

Las cualificadas relaciones que se desarrollan en este ámbito tienen vital importancia en cuanto a su seguridad, acreditación y trazabilidad, aunque están fuera del sistema de gestión procesal, limitado a recoger propiamente la intervención del Ministerio Fiscal en dicho ámbito. Es esta una vertiente novedosa y poco explorada y de la que incluso hay escasa referencia en el actual panorama de relaciones entre los órganos judiciales y las fuerzas y cuerpos de seguridad, ya que el modelo que preconiza el Anteproyecto no se limita a reproducirlas, sino que apunta a aspectos novedosos en muchos extremos, como la impartición de instrucciones generales o particulares que se concibe para el Ministerio Fiscal.

A partir del decreto por el que el fiscal inicia el procedimiento de investigación, tanto el flujo de gestión como los documentos que se generen se traslada íntegramente al ámbito del sistema de gestión procesal.



2.<sup>a</sup>) El registro, archivo y depósito de efectos, elementos y sustancias es otro aspecto relevante que surge del nuevo sistema, aunque tiene adecuados precedentes en la actual legislación y hay sobrada experiencia en materia de reforma de menores.

El Ministerio Fiscal se hace depositario y, por tanto, responsable, de efectos, elementos y sustancias que se intervienen en el curso de las investigaciones y resultan relevantes para las mismas como cuerpo del delito u objeto de la prueba, lo que incide en un aspecto central como es la cadena de custodia. Ello genera la necesidad de que se disponga de un adecuado sistema de registro, archivo y trazabilidad que, en principio, no debería suponer algo completamente novedoso, ya que se reproducen circunstancias que hoy en día afectan a los órganos judiciales, aunque en ellos la presencia del letrado de la administración de justicia y sus específicas competencias resuelve cuestiones que (como continuamente se ha podido observar en el ámbito de la reforma de menores) no tienen en nuestro caso la misma y sencilla solución.

3.<sup>a</sup>) Recepción de denuncias. La disponibilidad de una plataforma para la recepción de denuncias debe estar basada en herramientas como la sede electrónica o similares. Debe articularse una adecuada interrelación con los interlocutores que acceden a la misma (particulares e instituciones) aplicando soluciones a sus procesos de identificación (firma, certificado digital, digitalización de firmas autógrafas). A ello es aneja la necesidad de modelos normalizados. Tiene que ser objeto de una especial concreción la referencia que en el art. 528.5 ALECrim se hace a conceptos como canales oficiales, firma o certificado digital o comprobación fehaciente de la identidad del denunciante.

4.<sup>a</sup>) El sistema de comunicaciones electrónicas. En el ámbito de los órganos judiciales se encuentra bastante desarrollado y consolidado en la mayor parte de los territorios del Estado un sistema de comunicaciones electrónicas con las



partes del procedimiento que puede ser perfectamente reaprovechado por el Ministerio Fiscal para llevarlas a cabo con particulares (partes o no procesales) e instituciones durante la dirección del proceso de investigación.

No debe suponer problema alguno la articulación de la emisión y recepción de comunicaciones, así como su constancia y trazabilidad. No debe tratarse de un problema tecnológico sino organizativo la adaptación del funcionamiento de la oficina del Ministerio Fiscal a una gestión de las comunicaciones de esta naturaleza, si bien es cierto que hay una auténtica transformación en las mismas ya que el Ministerio Fiscal abandona su estatus generalizado como receptor de esas comunicaciones para sumar a ello un rol de emisor, actor y explotador de las mismas para la adecuada gestión del procedimiento.

5.a) Conforme al texto del Anteproyecto es innegable que con motivo de un procedimiento de investigación hay en realidad dos expedientes: el del fiscal y el del juez de garantías. Esos expedientes en absoluto tienen similar contenido y tampoco puede decirse que el juez de garantías haya de tener una especie de réplica absoluta del procedimiento del fiscal. En la mayoría de los casos, utilizando una terminología actual, el juez de garantías tramita lo que podrían llamarse piezas o incidentes que traen causa del procedimiento fiscal.

El procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal debe poder comunicarse e interoperar con la plataforma de gestión procesal utilizada por el juez de garantías (los dos procedimientos deben hallarse en la misma plataforma), algo que supone fundamentalmente las siguientes consecuencias:

a) El contenido del expediente fiscal tiene que tener un formato susceptible de poder trasladarse o ponerse a disposición de manera total o parcial al juez de garantías.



b) En la definición del flujo de gestión del procedimiento de investigación fiscal (lo que habitualmente viene siendo denominado como esquema de tramitación) se han de prever adecuadamente esos momentos de interrelación que distan mucho de ser aquellos con los que actualmente se enfrenta el órgano judicial.

6.ª) La justicia restaurativa y la aplicación del principio de oportunidad constituyen novedades procesales que traen a colación esquemas de actuación y relación auténticamente novedosos. Sin embargo, desde el punto de vista de previsión y adecuación de plataformas tecnológicas, no es necesario desviarnos de las manifestaciones generales que hemos venido manteniendo hasta el momento. Ello se concreta en el hecho de que se trata, sin duda, de nuevos flujos procesales y esquemas de tramitación para los que las aplicaciones de gestión procesal deben brindar instrumentos específicos al Ministerio Fiscal, de forma muy similar a lo que ya se ha venido auspiciando para el procedimiento de investigación.

7.ª) El sistema de gestión del procedimiento de la Fiscalía tiene que disponer de un módulo al servicio del control del plazo de la investigación establecido en el art. 574 ALECrím.

Siendo perfectamente identificables los hitos a partir de los cuales se construye este sistema, existen ya en el momento actual herramientas que, en forma de listados o alarmas, permiten al usuario (el fiscal o su oficina) mantenerse adecuadamente informado de los tiempos estratégicos para controlar el procedimiento.

8.ª) La cuestión de la oralidad de las actuaciones, su creciente y generalizado registro mediante grabación y la progresiva conciencia de su necesidad de textualización podrían considerarse como una tendencia que no está reflejada de forma concluyente en el Anteproyecto. A título de ejemplo, pero no aislado y sí suficientemente gráfico, puede traerse a colación el art. 601 ALECrím, donde



se hace referencia a un registro de sonido e imagen, una transcripción en un acta y una autorización de dicha acta por el letrado de la administración de justicia.

Aun cuando es esta una materia en sus albores de implantación y desarrollo (e incluso con expectativas tecnológicas pendientes de concretar), habrá que definir el alcance y trascendencia jurídica de la textualización que, posiblemente abocada a no ser sino una herramienta, parece tener mucha mayor utilidad como asociada a diligencias que a vistas.

9.<sup>a</sup>) El necesario abordaje del archivo electrónico de procedimientos digitales es una materia de las menos evolucionadas y respecto de la que en el momento actual no existen soluciones suficientes ni satisfactorias, de manera que hay importantes incógnitas sin resolver. La progresiva consolidación del expediente electrónico obliga a cambiar sistemas de archivo y conservación de procedimientos. No se debe olvidar que el Anteproyecto prevé que el procedimiento archivado quede en depósito y custodia del letrado de la administración de justicia, algo que hay que prever cuando se trata de un escenario digital en el que es el letrado quien debe dotar al procedimiento de una diligencia de cierre con firma personal o sello de órgano.

## **6.10 Otros aspectos procesales no abordados en el Anteproyecto**

Por último, conviene destacar que el Anteproyecto no aborda la posibilidad de implementar diversas demandas tradicionalmente efectuadas por un amplio sector de la doctrina y de nuestros operadores jurídicos.

A título ejemplificativo, no se regula el problemático uso de las denominadas pericias *jurídicas* o pericias *de derecho*.



La usual tolerancia de nuestros tribunales a la hora de admitir, a pesar de su más que dudosa corrección procesal, las denominadas *pericias jurídicas* merece un específico tratamiento que garantice la necesaria certeza jurídica en torno a tan relevante cuestión.

Se interesa, por ello, que se añada un nuevo apartado al art. 635 ALECrím, al objeto de prohibir de forma expresa la admisibilidad de aquellas pericias cuyo objeto verse sobre la interpretación y aplicación del derecho. Como señala la STS 277/2018, de 8 de junio (en similares términos *vid.* SSTs 277/2015, de 3 de junio; 294/2019, de 3 de junio), «un informe de contenido jurídico sobre cuestiones administrativas, civiles y mercantiles, implicadas en el asunto, por muy bien fundado que esté, y por mucha que sea la autoridad académica o profesional de quien lo emite no puede constituir el documento frente al que contrastar las conclusiones de la sentencia. No aborda cuestiones de prueba, sino problemas jurídicos. Es más, difícilmente, aunque esta Sala ha sido indulgente al respecto, tiene cabida una opinión pericial ¡jurídica! en una causa jurisdiccional. Cabría si se tratase de pericial sobre derecho extranjero. Pero sobre derecho aplicable por los jueces españoles puede constituir (aunque esta Sala —se insiste— ha sido flexible con esas anómalas periciales) el asesinato alevoso del tradicional *iura novit curia*».

Existen, asimismo, otras omisiones relevantes como la nula previsión ofrecida a la problemática procesal asociada a los delitos contra turistas en tránsito; la inexistencia de referencia alguna sobre un estatuto del alertador o *whistleblower*; la falta de previsión ante eventos extraordinarios —como una pandemia— que regule el modo en que deba procederse a fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de la administración de justicia; o la falta de articulación de mecanismos de colaboración en materia de ejecución de condena en supuestos tales como demoliciones, restauración de la realidad física alterada, descontaminaciones u otros similares, en los que el auxilio de la Administración resulta de suma relevancia al objeto de lograr una



rápida ejecución de la condena que anule los efectos derivados de la ejecución del delito poniendo fin a la situación antijurídica subsistente.

Como colofón, y sin perjuicio del análisis pormenorizado del Anteproyecto que se realiza en las adendas que acompañan a este informe principal, debemos concluir que el texto prelegislativo no colma las aspiraciones de nuestra institución al objeto de conseguir una justicia penal ágil y eficaz que respete y potencie el papel del Ministerio Fiscal como defensor imparcial de la legalidad en el marco de nuestra arquitectura constitucional.



**ADENDA PRIMERA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Título Preliminar**

**Libro I. *Disposiciones generales***



## **1. Título Preliminar. *Principios constitucionales del proceso penal***

§ 1. Abre el presente Anteproyecto un extenso Título Preliminar de veinticuatro artículos cuya finalidad, según se indica en la exposición de motivos, es asentar «el edificio procesal sobre cimientos constitucionales». A la vista de ello, llama la atención que el prelegislador haya omitido incorporar referencias a algunos instrumentos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El texto prelegislativo enuncia en este Título Preliminar el contenido básico de los derechos y principios constitucionales procesales a fin de que «puedan servir de guía interpretativa para la aplicación de todos los institutos procesales».

El prelegislador opta por encabezar la codificación procesal penal con un título preliminar específicamente referido a los principios, derechos y garantías constitucionales claramente inspirado en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Con ello no se hace sino reconocer el valor normativo, además de hermenéutico, que ostenta la Constitución en la completa configuración del sistema procesal penal, atribuyéndole los atributos de orden axiológico y funcional de que resulta merecedora.

Esta extensa declaración de principios, sin parangón en el derecho comparado, merece ser objeto de un detenido análisis pues en muchos casos se trata de principios programáticos, constitucionalmente ya consagrados, que además de resultar más propios de un preámbulo o exposición de motivos que de un texto articulado aparecen asimismo reiterados en otros lugares del Anteproyecto. Entendemos posible, por consiguiente, reducir considerablemente la extensión de este título trasladando los contenidos que puedan considerarse meramente programáticos a la exposición de motivos, sin que de ello resulte merma alguna del extenso sistema de garantías que se reconocen por el Anteproyecto.



El análisis constitucional del derecho a la presunción de inocencia contenido en la STC 31/1981, de 28 de julio, marcó el comienzo del largo camino recorrido por el Alto Tribunal en la elaboración de lo que a día de hoy constituye un nutrido cuerpo jurisprudencial acerca de los principios constitucionales del proceso penal. La elaboración y desarrollo de esos principios condujeron, desde un punto de vista metodológico y conceptual, a una completa transformación en la forma de entender el derecho procesal. Desde entonces la interpretación de las disposiciones legales, sobre todo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hubo de realizarse con arreglo a los postulados constitucionales inherentes al «proceso con todas las garantías» (art. 24 CE) antes que por la letra de la ley.

En general, sin perjuicio de las observaciones que se harán posteriormente, el contenido del título, contemplado en su globalidad y a salvo de algunas precisiones, puede calificarse acorde con las exigencias derivadas de la Constitución y de los instrumentos internacionales y supranacionales con previsiones sobre el juicio justo y equitativo en materia penal.

No obstante, el Título Preliminar no se principia —como sucede en los códigos procesales penales más modernos— con una proclamación a los principios del juicio justo y equitativo consagrados en instrumentos internacionales como el art. 6.1 CEDH, supranacionales como el art. 47 CDFUE o al proceso con todas las garantías del art. 24 CE, en cuanto base nuclear del nuevo proceso penal, sino que comienza con un Capítulo I consagrado a unos «principios generales del proceso» cuya naturaleza genérica apunta a que resultarían más apropiados para encabezar con sustantividad propia un capítulo del Título I del Libro I en el que se insertan las «Disposiciones generales».

**§ 2.** El **Capítulo I** del Título Preliminar lleva por rúbrica «Principios generales del proceso» y consta de tres artículos en los que se reconocen formalmente los principios de legalidad procesal, jurisdiccionalidad y buena fe procesal.



Sobre estos tres principios cabe significar que: i) resultan propios de todo tipo de procesos, cualquiera que sea el orden jurisdiccional; ii) la buena fe procesal goza de expresa previsión en el texto prelegislativo y se refiere a peticiones, incidentes y excepciones alegadas por las partes en el *iter procesal*; resultando más bien *un imperativo inmanente al ordenamiento jurídico o una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos* —STS de 22 de febrero de 2001—; iii) únicamente la legalidad procesal y la jurisdiccionalidad pueden tenerse, según las circunstancias concurrentes, como garantías constitucionales, debiendo sin embargo recordarse que no toda infracción de las mismas gozará de trascendencia constitucional puesto que pueden producirse irregularidades procesales en un nivel infraconstitucional (siempre que se vean concernidas normas esenciales del procedimiento).

En palabras de la STS 407/2020, de 20 de julio, «el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no comporta la constitucionalización de todo el derecho procesal. Hay garantías básicas irrenunciables, estructurales, esenciales (derecho a no declarar contra sí mismo, principio de contradicción, exigencias derivadas del derecho a ser informado de la acusación que respecto de la defensa llevan todavía más lejos el principio de contradicción) cuya afectación inutilizaría toda la actividad procesal contaminada, mientras que otras garantías se mueven en un plano legal y no constitucional. Entre estas segundas el alcance de sus repercusiones es también dispar, pues sería no solo contrario a la legalidad, sino también ilógico, que de esas irregularidades normativas se diera un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente) por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria, a lo que es una contravención de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de garantías». Idea que aparece asimismo plasmada en las SSTS 173/2018, de 11 de abril, y 255/2017, de 6 de abril, entre otras muchas.



Respecto a la jurisdiccionalidad, debe precisarse que la propia exposición de motivos concluye que no resulta predicable de toda actuación, especialmente cuando señala en su apartado VIII que «[e]n la fase jurisdiccional, que se inicia con la interposición de la acción —esto es, con la presentación de la acusación en la fase intermedia—, esta garantía se sujeta a las reglas básicas de exclusividad judicial en la imposición de la pena y de plena forma procesal de las actuaciones. En cambio, en la fase preparatoria del proceso, encaminada a determinar si se ha de ejercer la acción penal que puede darle inicio, se exige una labor de disección de las actuaciones de naturaleza jurisdiccional, de forma que no quede afectada la imparcialidad del órgano judicial en el ejercicio de ellas con la asunción simultánea de la misión de esclarecer los hechos».

El principio de legalidad procesal, especialmente en la configuración que se le ofrece por el Anteproyecto, no aparece conectado al art. 25.1 CE, que se limita a reconocer el principio de legalidad de las penas, medidas de seguridad y sanciones administrativas, y solo en algunos casos puede vincularse al art. 9.3 CE. De ahí que no toda infracción de las normas procesales suponga a su vez una infracción constitucional que merezca una sanción de nulidad, tal y como parece inferirse del tenor del párrafo segundo del art. 1 ALECrím («[s]u incumplimiento determinará la nulidad de dichos actos en los casos y en los términos legalmente previstos»). Precepto que, por lo demás, no debiera interpretarse como una habilitación que dé cobertura a sanciones de nulidad respecto a infracciones que no rebasen la legalidad ordinaria.

Por consiguiente, si bien resulta correcta la proclamación de los principios de legalidad jurisdiccional y procesal en los términos en que aparecen plasmados en los arts. 1 y 2 ALECrím, resulta discutible la referencia a la nulidad como única consecuencia posible ante todo tipo de infracciones procesales, sin distinción alguna entre infracciones constitucionales e infraconstitucionales, y, de entre estas, entre aquellas que comporten indefensión material y las que no.



Debe recordarse que la infracción de la legalidad procesal solo ha sido sancionada con la nulidad del acto ilícito en caso de producirse una auténtica y efectiva indefensión material, pues lo contrario supondría conectar la más radical de las sanciones procesales a los meros defectos formales (*vid.* SSTC 35/2021, de 18 de febrero; 95/2020, de 20 de julio; 36/2020, de 25 de febrero; o 26/2020, de 24 de febrero).

A mayor abundamiento, la STC 97/2019, de 16 de julio, ha matizado la sanción a que deban someterse las vulneraciones de derechos fundamentales procesales pues, en palabras del Alto Tribunal:

*La violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo. Según declara el Tribunal en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, “[h]ay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferentemente en [la] decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés también en el reconocimiento de la plena eficacia de derechos constitucionales)”. La hipotética vulneración del orden constitucional sólo puede producirse, en concreto, “por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE)” (FJ 2). La decisión sobre la prueba ilícita enfrenta al órgano judicial que debe decidir sobre la admisibilidad de los elementos de convicción obtenidos con vulneración previa de un derecho fundamental sustantivo a “una encrucijada de intereses” que ha de resolverse, pues, mediante un juicio ponderativo (FJ 4).*

El art. 1 ALECrim resulta una concreción de lo establecido en los arts. 238 y ss. LOPJ. Debemos realizar al respecto dos consideraciones:



i) La consecuencia del incumplimiento de los requisitos, formas y plazos procesales dará lugar a la nulidad del acto procesal solo en aquellos casos en los que concurra alguna de las causas previstas en los arts. 238 y 240 LOPJ. Si no concurren tales requisitos, procederá su subsanación.

ii) Si bien el párrafo primero del art. 1 ALECrím obliga a jueces, tribunales y a quienes ante ellos intervengan a actuar con arreglo a la ley, las consecuencias derivadas de su incumplimiento no serán las mismas dependiendo de si la infracción se produce por unos u otros. La nulidad solo debe ser predicable, como norma general, respecto de las actuaciones judiciales que vulneren una norma esencial del procedimiento y que generen indefensión, pero no respecto de las actuaciones de alguna de las partes (salvo supuestos excepcionales como el previsto en el art. 239.2 LOPJ, referido a la nulidad de los actos de parte o de otras personas que intervengan ante los tribunales cuando se hubieran producido con violencia o intimidación) puesto que su infracción en este caso solo deberá determinar la inadmisión de su escrito, recurso o pretensión. Por consiguiente, el Consejo Fiscal propone la supresión del párrafo segundo del art. 1 ALECrím.

Si bien es cierto que el Título Preliminar se limita a enunciar los principios generales de carácter programático que informan el Anteproyecto, resultaría más adecuado prever que la infracción de las normas procesales tendrá las consecuencias que en cada caso se prevean, incluida la sanción de nulidad cuando resultare procedente.

**§ 3.** El **Capítulo II** del Título Preliminar regula en tres preceptos los «principios generales de la restricción de derechos fundamentales».

El art. 4 ALECrím consagra la inviolabilidad de la dignidad humana como límite absoluto a la restricción de derechos fundamentales de cualquiera de las partes e intervinientes en el proceso penal.



El art. 5 ALECRim contiene una prohibición absoluta —que también opera como regla de tratamiento— de utilización de métodos o procedimientos que puedan ser considerados tortura, trato inhumano o degradante. Previsión que se encuentra en consonancia con el art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y suscrito por España el 24 de noviembre de 1977.

Finalmente, el art. 6 ALECRim regula los principios rectores que deben operar en supuestos de injerencia en derechos fundamentales, con expresa referencia a la necesidad de habilitación legal, calidad de la ley y proporcionalidad en su adopción.

Respecto de las disposiciones de este Capítulo II sí debemos emitir una valoración favorable, sin reservas, puesto que tienen anclaje directo en exigencias garantistas que imponen el CEDH y la Constitución, y han sido precisadas por la jurisprudencia del TEDH y la doctrina constitucional.

El respeto de la dignidad humana y su inviolabilidad como fundamento del proceso penal (art. 4 ALECRim) se impone como insoslayable a partir del art. 10 CE. No solo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma del completo sistema de garantías constitucionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su preámbulo: «[c]onsiderando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». La STJUE de 9 de octubre de 2001 (*asunto Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo*) proclamó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del derecho de la Unión.



De ahí que se erija en límite absoluto respecto de toda restricción de derechos fundamentales que se verifique en un proceso penal. Como reitera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 91/2000), «la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad de la persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar» (STC 120/1990; STC 57/1994), y lo razonaba estableciendo que «las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que en cuanto ser humano merece la persona». La referida sentencia establecía, además, que era necesario establecer medidas «con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona» (STC 57/1994).

Este principio se concreta en el art. 5 ALECrím mediante un conjunto de reglas particulares que arrancan de la interdicción del trato de la persona encausada como «mero objeto del proceso» (fórmula que la doctrina constitucional —por todas *vid.* STC 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 2— asocia al «viejo proceso penal inquisitivo» y no al proceso vigente) y que alcanzan a la prohibición de empleo de todo acto, método o procedimiento que, por su propia naturaleza, por su finalidad o por sus circunstancias de desarrollo pueda ser considerado como tortura, trato inhumano o degradante de acuerdo con los convenios internacionales sobre derechos humanos, así como de escarnio, burla o juicio moral de cualquier tipo.

Pues bien, dicha prohibición no resulta necesaria en el texto del Anteproyecto ni aporta valor añadido alguno, una vez que la propia Constitución lo hace en términos generales y absolutos en su art. 15, en coherencia con su proclamación del derecho a la vida y a la integridad física y moral y, más en particular, a la vista de la tipificación en el Código Penal del delito previsto en



su art. 174, que cumple la verdadera función de prohibición de obtención de confesiones o información de encausados con tales métodos. Consideramos que resulta suficiente con el específico instrumento penal, que seguirá siendo el realmente eficaz en orden a la prevención general y especial frente a ese tipo de comportamientos criminales.

En consecuencia, se estima innecesario hacer constar la prohibición expresa de que las autoridades y funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento penal utilicen actos, métodos o procedimientos que puedan ser considerados como tortura, trato inhumano o degradante, así como que no se permitirá que la persona investigada sea objeto de escarnio, burla o juicio moral por dichas autoridades o funcionarios públicos. Son conductas delictivas la mayoría de ellas y otras absolutamente reprobables y muy alejadas del funcionamiento ordinario de fiscalías, juzgados y tribunales. No se estima oportuno incluirlo como prohibición de actuar de los funcionarios públicos que intervienen en el proceso penal, pues más bien siembra una sospecha de duda sobre el desarrollo habitual de nuestra labor profesional.

Ello sin perjuicio de la oportunidad y procedencia tanto de preservar la específica previsión de inadmisión absoluta de pruebas que procedan, directa o indirectamente, mediante el uso de torturas, tratos inhumanos o degradantes que contiene el art. 21.2 ALECrím, como de introducir en el articulado específico dedicado a las causas de terminación del procedimiento las reglas de proscripción de aplicación de criterios de oportunidad e investigación exhaustiva, sin posibilidad de archivo prematuro, en los supuestos de sospecha mínimamente fundada de empleo de tortura, tratos inhumanos o degradantes que actualmente solo se prevé en el inciso final del art. 5.2 ALECrím.

En particular, el mandato de investigación exhaustiva se deriva del art. 12 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, que establece



que «todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial». En su desarrollo, la jurisprudencia del TEDH señala que cuando una persona afirma de forma creíble o de forma defendible haber sufrido por parte de la policía u otros servicios del Estado tratos contrarios al art. 3 CEDH resulta necesario que se realice una investigación oficial eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes.

Ello cohonesta con la asignación de una doble vertiente, sustantiva y procesal, a dicho precepto, que conduce a que pueda producirse una transgresión de esta última cuando la imposibilidad de comprobar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos se deriva de la falta de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada (SSTEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*; de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*; de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*; o de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren c. España*). En el mismo sentido se pronuncia nuestra doctrina constitucional en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes (*vid.* SSTC 144/2016, de 19 de septiembre; y 39/2017, de 24 de abril).

Caso de mantenerse esa interdicción de convertir a la persona encausada en mero objeto del proceso (art. 5.1 ALECrím), sería deseable que testigos y víctimas —muy especialmente las víctimas en situación de especial vulnerabilidad— no sean tratadas como meras fuentes de prueba, yal y como recoge el art. 602 ALECrím al referirse a la pérdida de la calidad informativa del testimonio. En definitiva, sería aconsejable un tratamiento similar tanto de la dignidad de la víctima como de la prohibición de victimización secundaria.



El art. 6 del Anteproyecto instaura de un modo acertado la necesidad de habilitación legal y finalidad constitucionalmente legítima para la ejecución de actos de restricción de derechos fundamentales, exigiendo asimismo para su adopción que estos superen un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, todo ello de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Como subraya insistentemente la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas *vid.* SSTC 49/1999, de 5 de abril; y 76/2019, de 22 de mayo), es doctrina constante que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE) o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa de una habilitación legal.

Esa misma jurisprudencia dispone que la reserva de ley constituye «el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas», lo que «implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate», pero que en todo caso determinan que «el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica», esto es, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho» (STC 49/1999, de 5 de abril).

Profundizando en esa exigencia, la STC 169/2001, 16 de julio, sostuvo, con abundantes referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad».



La existencia de un fin constitucionalmente legítimo constituye también para nuestro Tribunal Constitucional uno de los presupuestos imprescindibles para proporcionar una justificación constitucional objetiva y razonable a toda injerencia en el derecho fundamental (*vid.* SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 25/2005, de 14 de febrero; 11/2006, de 16 de enero; 96/2012, de 7 de mayo; y 36/2020, de 25 de febrero, entre muchas otras) y es en relación con dicha finalidad que las medidas adoptadas han de ser objeto del llamado juicio de proporcionalidad, cuya superación, tal y como positiviza el Anteproyecto, implica comprobar (*vid.* SSTC 172/2020, de 19 de noviembre; y 206/2007, de 24 de septiembre) el cumplimiento de tres condiciones: «idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Particularmente positivo resulta que se recojan en el inciso final del precepto unos criterios a emplear en el juicio ponderativo que debe preceder a toda injerencia: gravedad del hecho, intensidad de los indicios y relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho fundamental, puesto que aportan elementos de referencia para la adopción de la medida invasiva de los derechos fundamentales en función de dichas circunstancias.

Únicamente se echa en falta una disposición en el texto de la disposición proyectada que resalte la necesidad de resolución «especialmente motivada», requisito en el que también insiste reiteradamente la doctrina constitucional



exigiendo un estándar riguroso que comporta no solo una mera «exteriorización del razonamiento», sino específicamente la apreciación de un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que la justifican (por todas, SSTC 14/2016, de 1 de febrero; y 63/2005, de 14 de marzo).

**§ 4.** El **Capítulo III** del Título Preliminar (arts. 7 a 10) viene dedicado a diversos aspectos del derecho a la presunción de inocencia.

Comienza el art. 7 ALECrím proclamando el principio de presunción de inocencia en su dimensión de regla de tratamiento procesal, regla que el precepto extiende asimismo a una esfera extraprocesal y que obliga a toda clase de autoridades públicas a tratar al sujeto pasivo del procedimiento como inocente también a la hora de difundir informaciones de cualquier tipo, en tanto su responsabilidad criminal no haya sido legalmente declarada por un tribunal.

El art. 8 ALECrím señala en esencia que la condena penal exige que el juez o tribunal haya alcanzado su convicción con arreglo a pruebas de cargo suficientes «más allá de toda duda razonable», atribuyendo la carga de la prueba acerca de la culpabilidad del sujeto pasivo del procedimiento a las acusaciones. A tal fin, las pruebas practicadas deberán valorarse conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, previéndose la posibilidad de que el legislador pueda matizar por ley el valor que pueda concederse a determinados medios de prueba considerados poco fiables. Concluye el precepto señalando que el tribunal no podrá condenar si persisten dudas razonables sobre la culpabilidad, debiendo resolverse cualquier duda razonable en favor del acusado.

**§ 5.** Las disposiciones del **Capítulo III** del Título Preliminar desarrollan el principio de presunción de inocencia y su incidencia a lo largo de todo el procedimiento penal. Asimismo, incorporan el régimen de resarcimiento de la



privación de libertad seguida de sentencia absolutoria, acomodándose a la jurisprudencia nacional y del TEDH.

Además, su regulación debe ponerse en conexión con la jurisprudencia europea y la Directiva (UE) 2016/343 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, cuya transposición al derecho español se completa mediante esta ley orgánica (D.F 6ª).

Así, las reglas generales del art. 7 ALECrím parecen corresponderse con los arts. 3 a 5 de la citada Directiva que, sin embargo, no es aplicable a las personas jurídicas, respecto a las cuales el Tribunal de Justicia Europeo ha señalado que no se encuentran amparadas en idéntica medida que las personas físicas por los derechos que dimanar de la presunción de inocencia.

Se echa en falta, por tanto, en estas disposiciones generales una delimitación expresa del derecho a la presunción de inocencia a la persona física. También resultaría conveniente introducir alguna referencia a los medios de comunicación, sobre todo en relación a las informaciones acerca de los procesos y las personas encausadas. Por otra parte, aunque el precepto se refiere a la eficacia extraprocesal de la presunción de inocencia, necesariamente habrá de tenerse presente la nueva regulación sobre publicidad de las actuaciones y, en especial, sobre la información que deba suministrar el Ministerio Fiscal como autoridad competente para informar a la opinión pública de los acontecimientos relevantes que se produzcan durante la investigación.

El apartado 3 del art. 8 ALECrím constituye una novedad en nuestro sistema. Su contenido pudiera resultar contrario al principio de libre valoración de la prueba que, sin embargo, reconoce el apartado 2 del mismo precepto y reitera el art. 693 ALECrím. Así las cosas, a la flexibilidad del modelo de libre



valoración de la prueba el precepto opone elementos propios de un sistema de prueba tasada. Baste recordar que históricamente el sistema de las pruebas legales o tasadas surgió como reacción contra los excesos del sistema de libre valoración para limitar la discrecionalidad del juez. Con todo, el prelegislador parece tratar de minimizar el alcance de este cambio, señalando en la exposición de motivos que la nueva regulación incluye «la prohibición de valoraciones legales tasadas salvo que se refieran a la fijación de estándares de prueba mínimos o, lo que es lo mismo, salvo que prohíban que ciertos medios de prueba, que carecen de suficiente fiabilidad objetiva, puedan ser considerados idóneos por sí solos para desvirtuar la presunción de inocencia». Pero por más que trate de calificarlo de un mero *estándar de prueba* que operase en la fase de juicio oral, lo cierto es que en el diseño del sistema el legislador va más allá, anticipando sus efectos hasta el punto de que el valor legalmente atribuido a determinados medios de prueba puede dar lugar al sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación (art. 623.2 ALECrim). Aun para el caso de convenirse en que el Anteproyecto se limita a introducir un estándar de prueba que únicamente afecte a la valoración de la culpabilidad, resulta evidente que nos encontramos ante una fórmula legislativa idónea para estrechar los límites de la discrecionalidad judicial. Por ello, conviene dilucidar si tal limitación está debidamente justificada y es necesaria para la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia o si podría considerarse una injerencia excesiva o superflua del legislador en las facultades del órgano judicial.

Lo cierto es que esta nueva regla de valoración de la prueba no parece en sí misma necesaria para garantizar el derecho fundamental a la presunción de inocencia que permita la efectiva implementación del principio *in dubio pro reo*, pues en los sistemas de derecho continental, como es el nuestro, la libre valoración de la prueba encuentra un importante límite en la necesidad de motivación de las sentencias, reforzada en el caso de aquellas que resulten condenatorias.



Así, el Tribunal Constitucional en su STC 82/1988, de 28 de abril, recuerda que «el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: De un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución, y de otro, que los medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, siempre que se hayan observado las garantías necesarias para la defensa, así como también las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, como se ha concretado en las SSTC 64/1986, de 21 de mayo, y 80/1986, de 17 de junio». Viene así a señalar que lo importante es que en el acto de juicio se lleve a cabo una suficiente actividad probatoria de cargo de forma contradictoria a fin de que el juez pueda formarse un juicio en conciencia acerca de su respectiva veracidad y llegar a una conclusión acerca de la culpabilidad del encausado, expresada en resoluciones fundadas que pueden ser objeto de recurso, siendo toda esta actividad probatoria y su ponderación por las instancias juzgadoras las que impiden una vulneración de la presunción de inocencia.

En la interpretación del art. 6 CEDH, tampoco la jurisprudencia del TEDH concluye si determinados tipos de prueba deben o no considerarse fiables o ser o no admisibles, sino que se centra en determinar si el procedimiento penal en su conjunto y la forma en que se obtuvieron las pruebas fue justo y si se respetó el derecho de defensa de impugnar la prueba y oponerse a su uso. En este sentido, cuando el TEDH se ha tenido que pronunciar sobre si hubo o no vulneración del derecho a un juicio justo por «falta de fiabilidad» de alguna prueba, ha valorado si el acusado tuvo garantías para poner en duda precisamente su fiabilidad durante el proceso, si se tuvo en cuenta la calidad



de la prueba, en particular si las circunstancias en que se obtuvieron ofrecían dudas sobre esa fiabilidad (*Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97; *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99) y si en tal caso su valoración se reforzó con otras pruebas susceptibles de desvirtuar la presunción de inocencia, habiendo considerado en varias ocasiones que las garantías en el juicio concreto fueron suficientes y sin existir vulneración de derechos pese a problemas de fiabilidad.

En similares términos se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional que ha estimado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento visual efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos o, incluso, de reconocimientos en rueda anteriores (SSTC 323/1993 y 172/1997). Sobre esta cuestión la STS 501/2018, de 24 de octubre, dispone: «que el reconocimiento en rueda constituya en línea de principio una diligencia específica sumarial de difícil práctica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea, no significa que el testigo no pueda reconocer al acusado directamente en el plenario e inmediatamente a presencia del tribunal. De forma que, incluso un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el plenario».

Partiendo, pues, de la base de que esta nueva previsión (art. 8.3 *in fine* ALECrím) no parece obedecer a ningún problema específico del sistema procesal vigente basado en el principio de libre valoración ni venir impuesto por la jurisprudencia europea o nacional, lo cierto es que dicha disposición y el sistema subyacente se inspiran en el sistema procesal penal propio del derecho común (*common law*) alejado de nuestra tradición jurídica continental.

En el derecho anglosajón la necesidad de introducir estándares mínimos de prueba enlaza con la tradición del enjuiciamiento por jurado en que no resulta necesario motivar el veredicto, por lo que tiene sentido establecer un control *ex ante* en la forma de valorar la prueba. Además, en dicho sistema se admite el



archivo del caso si no hay una posibilidad realista de condena atendida la prueba concurrente. Así, el proceso penal está diseñado para asegurar que los casos con prueba insuficiente sean eliminados del proceso antes del juicio o de su conocimiento por el jurado. Incluso hay prueba que debe ser excluida si se considera poco fiable (como los testimonios indirectos) para asegurar el razonamiento correcto por parte del jurado y así potenciar el descubrimiento de la verdad. En estos supuestos es el juez quien tiene la potestad de decidir conforme a su criterio qué prueba pone en riesgo el descubrimiento de la verdad y debe ser por ende excluida de la consideración del jurado a la hora de decidir sobre la culpabilidad o no culpabilidad.

En los sistemas continentales la instauración de este tipo de límites a la libre valoración del juez resulta de difícil encaje atendido el distinto diseño conceptual sobre el que se erige el completo sistema procesal, pudiendo además entrar en colisión con otros derechos, muy singularmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como señala el Tribunal Constitucional, el Estado de derecho debe garantizar la satisfacción de la justicia y, por lo mismo, la posibilidad de que las pruebas lícitamente obtenidas puedan ser valoradas. Tal y como indica la STC 165/2014, de 8 de octubre, «[l]a función de este derecho fundamental en el ámbito de los procesos penales es, precisamente, asegurar el interés público en que la condena penal, entroncando también con otro interés constitucional como es el de la persecución del delito, resulte de un juicio justo: interés constitucional en un juicio justo asentado en los principios del Estado de derecho y en los valores constitucionales de libertad y justicia ex art. 1.1 CE (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ3)».

En palabras de la STC 24/2018, de 5 de marzo, «la persecución y castigo del delito constituyen un bien digno de protección constitucional, a través del cual



se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE».

El hecho de excluir preventivamente el valor de algún medio de prueba entra en directa colisión con las anteriores consideraciones. Debe, por ello, ser el juez quien decida si un medio de prueba es válido, así como el valor que deba concedérsele, permitiéndose que el control de la razonabilidad de la valoración concedida a las pruebas se desarrolle en relación a la bondad de la motivación contenida en la resolución.

En definitiva, la instauración de estos elementos de prueba tasada resulta innecesaria para la protección del principio *in dubio pro reo* y puede constituir una injerencia excesiva del legislador en el núcleo mismo de la potestad jurisdiccional. Además, la importación injustificada y fragmentada de institutos de derecho anglosajón ajenos a nuestra tradición jurídica puede generar notables disfunciones, poniendo en riesgo la protección de otros intereses presentes en el proceso penal y el cumplimiento de obligaciones internacionales.

En concreto, como se señalará más adelante en otra de las adendas, el rígido tratamiento ofrecido a los medios de identificación visual podría tener un impacto negativo en la persecución de la violencia contra las mujeres y acabar por afectar negativamente y de manera injustificada a las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, generando incomprensibles espacios de impunidad.

Ello entrañaría dar un paso atrás en los recientes avances legislativos en la materia y en el cumplimiento de la obligación de los estados parte del Convenio de Estambul de diligencia debida en la investigación y en la protección de las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres, recogida en su art. 49.2 que dispone que «las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo



necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio».

En conclusión, la escasa justificación y el difícil encaje de estas previsiones de origen anglosajón —cercanas a la prueba tasada— en nuestro ordenamiento y su previsible impacto en la impunidad de los delitos de violencia contra las mujeres supondría un paso atrás en la obligación de Estado español, derivada del Convenio de Estambul, de garantizar una investigación y un procedimiento efectivo para la persecución de estos delitos, lo que obliga a propugnar su supresión.

Finalmente, en el apartado 4 del art. 8 ALECrím se introduce de nuevo un concepto ajeno a nuestra cultura jurídica: la «duda razonable». Este principio del derecho anglosajón es a su vez un concepto indeterminado que obligará a realizar un importante esfuerzo de ulterior concreción.

La redacción del art. 9 ALECrím debería ser revisada al objeto de precisar qué tipo de «pronunciamientos» se considerará que podrían menoscabar la presunción de inocencia del sujeto pasivo del procedimiento en los casos de absolución o sobreseimiento. De lo contrario ello podría condicionar el principio de libre valoración de la prueba, así como la libertad que debe presidir la actividad judicial en la motivación de las resoluciones. Por lo demás, se trata de una previsión más que prescindible, pues la prohibición de lesionar el principio de presunción de inocencia resulta implícita a su consagración constitucional, debiendo operar sin excepción como regla de tratamiento —procesal y extraprocésal— y como regla de juicio.

Como conclusión, de mantenerse la proclamación de estos principios programáticos, a pesar de aparecer desarrollados en otras partes del texto



articulado, resultaría aconsejable plantear su acomodación a nuestra tradición jurídica, así como a las exigencias impuestas por la Directiva 2016/343, al objeto de evitar indeseables disfunciones del sistema.

**§ 6. El Capítulo IV** del Título Preliminar («derechos de la persona encausada a la defensa, al conocimiento de la acusación y a no declarar contra sí misma») se abre, una vez más, con una disposición de carácter eminentemente programático, el art. 11 ALECRim: «se garantiza el derecho de defensa en todas las fases del procedimiento penal y hasta la extinción de la pena, sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley».

Este precepto parece limitar el derecho de defensa al periodo comprendido entre el inicio y la extinción de la pena, debiendo extenderse también a las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, incluso hasta la extinción de la responsabilidad civil.

Los siguientes artículos desarrollan varias facetas de este derecho de defensa de la persona encausada: el derecho a designar abogado, a comunicar con el mismo de forma confidencial, a conocer «los cargos» y la acusación, a acceder a las actuaciones y participar en el procedimiento y, por último, a guardar silencio y no declarar contra sí misma que cierra el capítulo, aunque bien podría haberse tratado junto a la presunción de inocencia.

Nada puede objetarse a los términos en que el Capítulo IV del Título Preliminar proclama el derecho de defensa, que en todo caso debe relacionarse con 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 y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, al igual que con la Directiva 2012/13/UE del Parlamento



Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Más cuestionable resulta el valor añadido de estas disposiciones que muchas veces aparecen duplicadas en otros lugares del texto articulado —ya de por sí extenso— y que, en cuanto prácticamente todas se reiteran al regular concretamente el procedimiento, podrían fácilmente ser llevadas a la exposición de motivos.

Sirva como muestra la concreción del contenido del derecho de defensa en las disposiciones que más adelante detallan los derechos de la persona investigada (art. 51 ALECrIm) o condenada (art. 881 ALECrIm) o la fragmentación de distintos aspectos del derecho a la designación de abogado del art. 12 ALECrIm en los arts. 50 y 54 ALECrIm.

Como otras cuestiones de detalle, cabe mencionar las siguientes:

El art. 13 ALECrIm prevé que el abogado defensor estará presente en las declaraciones de la persona encausada, sin que aparentemente haya una exclusión para los delitos contra la seguridad vial, como sucede en la actualidad (art. 520.8 LECrIm).

El art. 14.2 ALECrIm, relativo al derecho a conocer los cargos y la acusación, utiliza la expresión «modificación de la capacidad», término que parece referirse más bien a que la capacidad de la persona encausada pudiera estar alterada. Por ello, se sugiere que se sustituya el vocablo «modificación» por el de «alteración».

El art. 15. ALECrIm, que regula el derecho de acceso a las actuaciones, se encuentra deficientemente regulado y parece necesario concretar los términos



utilizados con la finalidad de evitar equívocos: conocer las actuaciones/examinarlas/acceder a ellas.

El Consejo Fiscal sugiere introducir en el apartado 2 de este art. 15, como excepción adicional al derecho de acceso a las actuaciones, el siguiente tenor literal: «o se pueda menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado. En los supuestos en que se haya declarado el secreto del procedimiento de investigación conforme a lo dispuesto en los artículos 578 a 581, será aplicable lo previsto en los artículos 265 a 267 de la presente ley». Se trataría con ello de adecuar las excepciones al derecho de acceso a las actuaciones a las previsiones de la Directiva 2012/13/UE, así como mejorar técnicamente la disposición mediante un reenvío expreso a las disposiciones que regulan las especialidades procedimentales aplicables en caso de decretarse el secreto de actuaciones.

Asimismo, sería conveniente una referencia a la limitación del acceso derivada de la legislación específica sobre protección de testigos y peritos e igualmente la protección de víctimas en situación de especial vulnerabilidad.

El Consejo Fiscal interesa la supresión de la segunda cláusula del art. 17.1 ALECrim («Del silencio de la persona encausada o de su negativa a declarar no podrán extraerse consecuencias que le perjudiquen, sin perjuicio de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación que no se desprenda por sí misma de otras pruebas practicadas o de los propios hechos en debate») al entender que resulta incompatible con el principio de libre valoración de la prueba y puede invadir la función jurisdiccional.

**§ 7.** En el **Capítulo V** del Título Preliminar se prevén una serie de garantías de un proceso equitativo relativas a la predeterminación legal, la independencia y



la imparcialidad del órgano judicial, las pruebas, el doble enjuiciamiento, la doble instancia penal y la reforma peyorativa.

Debe advertirse que, sin perjuicio de un genérico reconocimiento al derecho a la predeterminación legal de los órganos judiciales —claramente conectado al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley— y a su independencia e imparcialidad, el art. 18 ALECrím remite su desarrollo a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Dicha circunstancia impide valorar el tratamiento procesal ofrecido a las meritadas garantías procesales, pues la LOPJ deberá ser reformada, ignorándose a fecha de hoy el desarrollo que se realizará de las mismas.

El art. 19 ALECrím proclama la imparcialidad objetiva que debe presidir la actuación de los órganos judiciales, afirmando que estos deben abstenerse de asumir funciones de parte y precisando, a renglón seguido, las facultades de que disponen con carácter general a fin de desarrollar su actividad. Sin embargo, el exorbitado elenco de atribuciones, particularmente significativas en la fase de investigación, va más allá de las consabidas fórmulas de actuación como tercero imparcial en una pugna entre partes característica del modelo acusatorio puro, por lo general circunscritas a una específica función de garantía de derechos.

La propia exposición de motivos en su apartado VIII lo viene a reconocer al indicar que «[l]a regulación de la imparcialidad objetiva del órgano judicial obedece a la idea compartida de que el juez no debe ser en adelante contemplado como el impulsor de la actividad pública investigadora sino como el garante de los derechos individuales. Precisamente para subrayar esa nueva posición del juez el precepto dedicado a la vertiente objetiva de la imparcialidad, recogiendo una línea de regulación inspirada en el Anteproyecto de 2011, procede a la clara determinación de las funciones jurisdiccionales» y al añadir que «[s]e alude, por tanto, a un juez de garantías, aunque en puridad



este nombre solo designa una faceta determinada de las diversas tareas que son encomendadas a la autoridad judicial».

Sin perjuicio del análisis crítico que más adelante se realizará al examinar los Libros III y IV, baste anticipar ahora que las facultades que el Anteproyecto concede al juez durante la fase de investigación exceden notablemente de las funciones de garantía que, especialmente en materia de derechos fundamentales, resultan inherentes a la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. Debe por ello revisarse incluso la terminología del Anteproyecto, sustituyendo la referencia al juez de garantías por otras figuras, presentes en el derecho comparado, como juez de o para la investigación o para la etapa preparatoria, dada su naturaleza claramente intervencionista incluso en lo que no le competiría desde un cabal entendimiento del art. 117.4 CE y del debido respeto a la autonomía funcional y orgánica del Ministerio Fiscal que entronca con el propio art. 124 CE. El derecho comparado, que realmente respeta los respectivos roles, es un ejemplo que sirve de corroboración.

Mención especial merecen los apartados 7 y 8 del art. 19 ALECrim, cuya supresión se propone. Dice el art. 19.7 ALECrim que corresponde al órgano judicial, como tercero imparcial, «resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal». Dicha previsión desnaturaliza la función del juez de garantías, toda vez que quiebra su posición de tercero imparcial, situándose en una posición jerárquicamente superior al fiscal.

Las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal podrían ser resueltas en primer término por el propio fiscal que los dictó y posteriormente, en su caso, por el fiscal superior jerárquico de este. Las partes deberían poder reproducir ante el juez la solicitud de diligencias propuestas desestimadas o no practicadas por el fiscal.



En la misma línea se sugiere la supresión del apartado 8 del citado precepto («autorizar la reapertura del procedimiento cuando este se haya dirigido contra una persona determinada»), toda vez que se trata de una actuación que debiera poder ser realizada de forma autónoma por el propio director de la investigación, esto es, el Ministerio Fiscal. No se entiende el motivo de restringir tal posibilidad de investigación del fiscal, sometiendo a una previa autorización judicial la investigación de hechos respecto de los que tan siquiera ha llegado a ejercitarse la acción penal. Es el/la fiscal que investiga quien ha de valorar las nuevas pruebas existentes para acordar o no la reapertura del procedimiento. Solo a posteriori corresponderá al juez valorar, en momentos ulteriores del procedimiento, la suficiencia de dichas pruebas para continuar con el mismo.

Como garantías probatorias se prescribe que toda prueba de cargo deba ser incorporada al proceso penal con pleno respeto a los derechos de defensa y al proceso con todas las garantías (art. 20.1 ALECrim), proclamándose que carecen de valor probatorio las diligencias practicadas en la fase de investigación, con la única excepción de las que lo hubieran sido ante la autoridad judicial en un incidente contradictorio específicamente diseñado para el aseguramiento de las fuentes de prueba en los supuestos expresamente regulados por los arts. 591 a 602 ALECrim.

A mayor abundamiento, debe recordarse que el art. 685 ALECrim admite las lecturas de contraste respecto a las declaraciones testimoniales practicadas durante la fase de investigación, razón por la que llama la atención que se niegue todo valor probatorio a las diligencias preprocesales.

Nada se dice sobre la presunción de autenticidad que actualmente establece el art. 5 EOMF en relación con las diligencias de investigación que practique el Ministerio Fiscal o que se lleven a cabo bajo su dirección, lo que implicaría su completa desaparición aun con el limitado alcance que le concede la



jurisprudencia del Tribunal Supremo a no ser que eventualmente se mantuviese en el nuevo Estatuto Orgánico que debe acompañar consustancialmente a la reforma emprendida.

Finalmente, el apartado 3 del art. 20 ALECrím recalca la necesidad de que las pruebas personales únicamente puedan ser valoradas por el mismo tribunal ante el que se hayan practicado en condiciones de publicidad y contradicción, lo que no es sino reflejo de las exigencias impuestas por la jurisprudencia constitucional. Como recuerda la STC 146/2017, de 14 de diciembre, el derecho a un proceso con todas las garantías ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, *asunto Ekbatani c. Suecia*; o de 27 de junio de 2000, *asunto Constantinescu c. Rumania*), y desde la STC 167/2002, de 18 de diciembre, el Pleno del Tribunal Constitucional viene señalando que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

En cuanto al resto de las disposiciones del capítulo (arts. 21 a 24 ALECrím), una valoración global permite concluir que se adecúan a la jurisprudencia del TEDH y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional pero no sin alguna salvedad en lo que respecta, como se verá, al art. 22.3 ALECrím.

El art. 21.1 ALECrím dispone la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales cuando entre el acto de obtención de la prueba y su utilización en el proceso exista una conexión de antijuridicidad. El precepto contempla, sin embargo, la admisibilidad de dichas pruebas cuando



las partes acusadoras puedan demostrar que habrían logrado su obtención a través de otros medios lícitos, asumiendo de ese modo la doctrina jurisprudencial acerca de los denominados «descubrimientos inevitables». En palabras de la STS 291/2021, de 7 de abril, “[e]n la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra». Criterio asimismo plasmado en las SSTS 120/2021, de 11 de febrero; 85/2021, de 3 de febrero; 655/2020, de 3 de diciembre; o 228/2017, de 3 de abril.

Sin embargo, en ningún caso se admitirán aquellas que, directa o indirectamente, hubieran sido recabadas mediante torturas o a consecuencia de prácticas inhumanas o degradantes.

Resulta altamente cuestionable que la reapertura del procedimiento de investigación se condicione a la previa autorización judicial a que alude el art. 22 ALECrim, en el que se regula el principio *ne bis in idem* en su vertiente de doble enjuiciamiento, pues dicha exigencia, que no viene impuesta por el ordenamiento constitucional, parece olvidar el rol que corresponde al Ministerio Público en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. En consecuencia, el Consejo Fiscal propone la supresión del apartado 3 del art. 22 ALECrim.

Ninguna objeción, por el contrario, merece el art. 23 ALECrim que, en cuanto al derecho a la doble instancia en el orden jurisdiccional penal integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, refleja los parámetros esenciales que emanan del art. 14.5 PIDCyP y del art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH, apartado 1.



Finalmente, a modo de colofón, el art. 24 ALECrím consagra la prohibición de la *reformatio in peius* como garantía de que la situación jurídica del recurrente no puede verse empeorada exclusivamente como consecuencia de su propio recurso.

El hecho de incluir esta previsión en el Título Preliminar no parece injustificado, pues como recuerdan -entre otras muchas- las SSTC 45/1993, de 8 de febrero; 56/1999, de 12 de abril; 87/20006, de 27 de marzo; 91/2010, de 15 de noviembre; o 223/2015, de 2 noviembre, la prohibición de la reforma peyorativa ostenta dimensión constitucional, aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE. Constituye un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva en todo caso de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril; 141/2008, de 30 de octubre; y 126/2010, de 29 de noviembre) y que, en ocasiones, se ha vinculado al principio dispositivo (STC 28/2003, de 10 de febrero) y al principio de rogación (STC 54/1985, de 18 de abril).

De otro lado, se identifica la prohibición de empeoramiento como «una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de este (STC 17/2000, de 31 de enero) pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero FJ 3)» —*vid.* STC 310/2005, de 12 de diciembre—.



## 2. Libro I. *Disposiciones Generales*

§ 8. A lo largo del **Título I** del Libro I (arts. 25 a 48) se concentra la regulación de «los tribunales del orden penal» en el que se menciona la jurisdicción de los tribunales penales (Capítulo I), la competencia de los tribunales penales (Capítulo II), con tres secciones dedicadas a las reglas generales de competencia (Sección 1ª), la competencia en supuestos de causas con aforados (Sección 2ª) y la competencia territorial (Sección 3ª) y, finalmente, se regula el control de los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia (Capítulo III).

§ 9. La redacción del **Capítulo I**, relativo a «la jurisdicción de los tribunales penales», no añade novedad alguna en cuanto a su carácter improrrogable (art. 25), o en lo relativo a su extensión y límites (art. 26), que se ciñe a lo establecido en tratados y convenios internacionales, en el art. 23 LOPJ o en las propias reglas que se establecen a lo largo del Anteproyecto.

En cuanto a las cuestiones prejudiciales (art. 27 ALECrim), se han introducido novedades que deben valorarse positivamente; en primer lugar, por su sintética redacción; en segundo lugar, porque supone regular expresamente la derogación tácita que se había producido del régimen de cuestiones prejudiciales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1 LOPJ; y en tercer lugar, porque implica que la jurisdicción penal no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal y que se ve reflejado por una abundante jurisprudencia (*v. gr.* SSTS 64/2019, de 6 de febrero; y 363/2006, de 28 de marzo; y STC 278/2000, de 27 de noviembre).

Igualmente, resulta positiva la integración en el precepto de lo establecido en el art. 10.2 LOPJ sobre la suspensión del procedimiento, cuando el hecho a



enjuiciar dependa del resultado de otro proceso penal que constituya su antecedente y sea imposible su acumulación por conexión, siendo dicha suspensión facultativa («podrá»), conforme a lo establecido por la jurisprudencia (*vid.* STS 599/2018, de 27 de noviembre).

**§ 10.** En el **Capítulo II** del Título I (arts. 28 a 34) se determina «la competencia de los tribunales penales». La regulación supone un cambio radical de la actual estructura jurisdiccional que pivota en dos elementos fundamentales: en primer lugar, la creación de los tribunales de instancia que sustituyen a la organización de los juzgados actualmente existentes, al considerar la colegiación más eficaz en relación a la función de control judicial que la ley ordena a los mismos; y en segundo lugar, a la asignación de reglas generales de competencia exclusiva de los jueces en las fases en que se divide el procedimiento (investigación, fase intermedia y enjuiciamiento).

Esta nueva regulación exige modificar la actual planta judicial española, por lo que su valoración se encuentra en gran parte condicionada a la que en el futuro pueda merecer la reforma que se realice sobre dicho particular.

Resulta imprescindible, por consiguiente, una reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, en lo relativo a la planta y organización judiciales (arts. 26 a 103), así como al régimen de organización y funcionamiento de la administración al servicio de jueces y tribunales que regula la oficina judicial sobre la que se basa el soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales (arts. 435 a 439 LOPJ) y cuya implantación no está en la actualidad totalmente desarrollada.

En segundo lugar, debe modificarse la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, *de Planta y Demarcación Judicial*, ya que el Anteproyecto introduce dos figuras nuevas: por un lado, los tribunales de instancia que implican una colegiación de la organización judicial en todos los niveles de actuación y que, por tanto,



rompen con el actual modelo de actuación judicial asentado sobre los juzgados y las audiencias provinciales; y por otro lado, la introducción de un nuevo modelo de investigación en el orden penal en el que desaparece la figura del juez de instrucción al asumir el Ministerio Fiscal las funciones de investigación, dejando la función de control de la investigación a los jueces y magistrados en las diversas fases del procedimiento (investigación, fase intermedia y enjuiciamiento), debiendo aclararse los criterios a los que se refiere la memoria de análisis de impacto normativo (demarkación y organización más flexible y funcional).

**§ 11.** La **Sección 1ª** del Capítulo II, bajo la rúbrica de «reglas generales de competencia», establece cuatro criterios diferenciados para determinar la competencia: en primer lugar, en atención a las diversas fases del procedimiento —investigación (art. 28), fase intermedia (art. 29) y enjuiciamiento (art. 30)—; en segundo lugar, en atención al enjuiciamiento por órganos unipersonales o colegiados en función de la gravedad del delito (art. 31); en tercer lugar, como consecuencia de la especificidad de la materia en los supuestos de delitos de violencia sobre la mujer (art. 32); y en cuarto lugar, en relación con la competencia funcional para conocer de los recursos (art. 33) y la ejecución de sentencias (art. 34).

El prelegislador opta por el modelo establecido en el anteproyecto de 2011 cuyos arts. 8 a 13 son similares a los preceptos del actual Anteproyecto, optando por denominarlos *reglas generales de competencia*, que engloban normas objetivas y funcionales de competencia para el conocimiento de los asuntos, lo que produce distorsiones en algunos preceptos que se remiten a la competencia objetiva (art. 41.2 ALECRim).

El Anteproyecto no toma en consideración el vigente art. 299 LOPJ que distingue tres categorías dentro de la carrera judicial, y entre las que merecen destacarse las de magistrado o juez, distinción que el texto articulado omite por



completo. Se sugiere por ello que el prelegislador adecúe la terminología empleada contemplando expresamente la posibilidad de que jueces y magistrados puedan resultar titulares de los tribunales de instancia, ya que en caso contrario podría entenderse que no estarían habilitados para ejercer dicha función. Modificación que, por lo demás, afectaría a los arts. 28, párrafos 2 y 4, y 29, párrafos 2 y 4 ALECrím.

La determinación de las reglas de competencia en cada fase procedimental se vincula a la creación de las secciones de investigación y enjuiciamiento, integradas en los tribunales de instancia y la Audiencia Nacional, órgano que sigue manteniendo sus competencias. Las funciones relacionadas con la investigación previstas en el Libro IV se reservan a un solo magistrado denominado *juez de garantías* de la sección de investigación; las funciones previstas en el Libro V —relativo a la fase intermedia— se atribuyen al *juez de la audiencia preliminar* de la sección de enjuiciamiento de los tribunales de instancia y de la Audiencia Nacional; finalmente, el conocimiento y fallo de los delitos se encomienda a la sección de enjuiciamiento de los tribunales de instancia o de la Audiencia Nacional, sin que en este caso haga cita expresa de que sus funciones son las establecidas en el Libro VI del ALECrím, pese a que puede desarrollar funciones en alguno de los procedimientos especiales que se prevén en el Libro VIII del ALECrím, por lo que debería añadirse en los preceptos relativos a la competencia una mención a estos procedimientos especiales.

La competencia viene definida de modo exclusivo para cada fase, sin que el órgano judicial pueda intervenir en otras posteriores si se ha intervenido previamente. Se prevé, además, la creación de un servicio de guardia en cada una de las secciones, cuya finalidad está relacionada con la incoación de los procedimientos urgentes del Título I del Libro VIII (arts. 771 a 796), ya que no se recoge esa posibilidad en el procedimiento de juicio por delitos leves del Título V del Libro VIII (arts. 836 a 848). En este sentido, en los preceptos que



regulan la competencia debería darse entrada a alguna cláusula genérica que introdujera las referencias al art. 774 ALECrím respecto al *juez de guardia* en el servicio de enjuiciamiento y al *juez de la conformidad* prevista en el art. 164 ALECrím o a las establecidas para el procedimiento de enjuiciamiento inmediato del art. 792 ALECrím.

Las actuales reglas de los arts. 14 y 779 LECrím dejarán de tener vigencia al establecer el Anteproyecto un doble criterio para la atribución del conocimiento y fallo de los procesos penales: subjetivo, derivado del carácter unipersonal o colegiado del órgano judicial en función de la gravedad del delito; y objetivo, con arreglo a criterios competenciales tasados en virtud del art. 31.2 ALECrím, que reproduce el art. 11.2 ALECrím de 2011. Cuestión que debe merecer un estudio pormenorizado a fin de las analizar las posibles cargas de trabajo que se generarán a los órganos a los que se atribuya el enjuiciamiento.

Los órganos unipersonales gozarán de competencia para conocer de los delitos leves y menos graves, con arreglo al art. 33 CP.

La competencia de los órganos colegiados aparece determinada, en primer lugar, por la gravedad del delito, pues con carácter general conocerán de los delitos graves (art. 33.2 CP); en segundo lugar, conocerán asimismo de un listado tasado de delitos menos graves previsto en el art. 31.2 ALECrím; y, finalmente, como cláusula de cierre, se establece que conocerán asimismo de: i) los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, como prevé el art. 8 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de conformidad con lo establecido en la STC 55/1990, de 28 de marzo, de la que se hizo reflejo la STS 446/2014, de 3 de junio; y, ii) del enjuiciamiento exclusivo de una persona jurídica (en similares términos al actual art. 14 bis LECrím). Asimismo, la sección de enjuiciamiento de la Audiencia Nacional se constituirá



siempre en forma colegiada, abstracción del tipo de delito o del sujeto pasivo del procedimiento.

A estos criterios adicionales debería añadirse la previsión jurisprudencial del criterio de competencia que recoge, entre otras, las STS 947/2012, de 28 de noviembre («el concepto de pena abstracta a efectos de la determinación de la competencia debe entenderse referida al marco punitivo genérico susceptible de ser aplicado al acusado. Se tendría en cuenta la pena máxima que podría imponerse al sujeto enjuiciado, sin perjuicio del juego de las circunstancias atenuantes y agravantes dentro del mismo»).

Llama la atención que se produce una discordancia entre lo establecido en los apartados primero y sexto del art. 31 ALECrim puesto que la sección de enjuiciamiento de la Audiencia Nacional se constituye siempre en forma colegida para el enjuiciamiento de las causas que le correspondan, mientras que en el supuesto de tribunales de instancia se constituye de forma unipersonal o colegiada conforme a las reglas establecidas en los apartados primero y segundo del mismo precepto. Por ello, se propone la supresión de la norma que prevé que la sección de enjuiciamiento de la Audiencia Nacional se constituya siempre en forma colegiada (art. 31.6 ALECrim) y, en consecuencia, que se constituya unipersonal o colegiadamente en función de la gravedad del delito.

La regulación de la competencia de los tribunales de instancia en materia de violencia sobre la mujer supone la necesidad de adaptar las reglas que actualmente establecen los arts. 14 y 15 *bis* LECrim, reemplazando las reglas de competencia territorial del art. 15 *bis* LECrim por las del art. 37.2 ALECrim.

Será preciso un riguroso estudio sobre la futura regulación de las funciones civiles y penales que actualmente desarrollan los juzgados de violencia sobre la mujer (art. 87.2 y 3 LOPJ), sobre la limitación de funciones de los magistrados



que tengan asignado el conocimiento de esta materia en las secciones especializadas de investigación, enjuiciamiento y guardia (art. 32 ALECrím) y, sobre todo, cómo influye en su función de control independiente del procedimiento de investigación la posibilidad de inadmitir la pretensión (apartado cuarto del art. 87 *ter* LOPJ).

Debe incluirse dentro del ámbito de competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer los supuestos establecidos en el apartado g) del art. 87 *ter* 1 LOPJ, introducidos por la LO 7/2015, de 21 de julio, que les atribuyó la competencia para conocer de los procesos seguidos por el delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP.

La exposición de motivos del Anteproyecto anuncia la exclusión en su articulado de la regulación del tribunal del jurado y su reglamentación como pieza separada que regule la forma de constitución del órgano y el desarrollo del juicio oral, por lo que se ha optado por dejar en vigor la actual regulación prevista en la LO 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado*. El problema surge porque en esta se mantiene un específico régimen procesal sin que la disposición final tercera del Anteproyecto plantee su modificación de modo concreto, así como por la no inclusión en el texto prelegislativo no solo de los criterios que determinan su competencia (solución adoptada en los arts. 14 a 16 del anteproyecto de 2011), sino por su inclusión como procedimiento especial con regulación propia, lo que supondrá que si no se modifica la actual regulación puedan producirse distorsiones en el régimen del procedimiento que no se adecúa al estándar de procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal y control judicial.

Por ello, entendemos que debe añadirse un párrafo séptimo al art. 31 ALECrím que establezca la regulación de la sección de enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, en el siguiente sentido: «7. *Cuando se trate de delitos competencia del*



*Tribunal del Jurado, este se constituirá en la forma prevista en su ley reguladora».*

El art. 33 ALECrim regula la competencia en la tramitación de los recursos que se definen en el Libro VII ALECrim (arts. 701 a 770). Merece una valoración positiva la simplicidad que presentan los criterios de atribución de competencia para conocer de los recursos (reforma, apelación, casación y revisión), la de los órganos competentes para su resolución (secciones de reforma y salas de apelación), el carácter tasado de los motivos de interposición y la competencia exclusiva de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de casación y revisión.

No obstante, debería realizarse una remisión al Libro VII que mencione la competencia en los recursos allí citados. Asimismo, debería especificarse el concepto de *reforma horizontal* de recursos para saber si la competencia para los recursos de reforma de los magistrados de la sección de reforma lo es en cada fase del procedimiento o puede ser ejercida a lo largo de las diversas fases del procedimiento sobre el mismo asunto, ya que ello entraría en contradicción con la idea que se desprende del Anteproyecto de que la competencia de los magistrados lo es en cada fase (arts. 28.4 y 29.4 ALECrim).

En materia de *ejecución de sentencias* (art. 34 ALECrim), destaca negativamente la ausencia de reglas para la constitución de una sección de ejecución en los tribunales de instancia, cuya organización debería estar regulada con carácter previo a la entrada en vigor del Anteproyecto, así como la indeterminación de las razones que permitan la asunción por parte de las secciones de ejecución de funciones legalmente atribuidas al juez de vigilancia penitenciaria.

**§ 12.** La **Sección 2ª** del Capítulo II regula la competencia de los órganos judiciales en las «causas con aforados». La regulación parte del



establecimiento de unas reglas de competencia específicas, así como de la creación de un procedimiento especial que aparece regulado el Título III del Libro VIII ALECrím. No obstante, debe precisarse que la regulación del Anteproyecto presenta en este punto gran similitud con las reglas que se contienen en los arts. 55 bis, 56, 57, 61 y 73 LOPJ.

El anteproyecto se sirve asimismo de los criterios jurisprudenciales en materia de preferencia de enjuiciamiento, jerarquía, no división de la causa y momento preclusivo del acto de juicio oral para invocar la falta de competencia por pérdida del aforamiento, plasmados, en las SSTS 597/2014, de 30 de julio, y 152/2005, de febrero; AATS de 25 de junio de 2015, de 1 de julio de 2009, y de 27 de diciembre de 2018, entre otras muchas. No obstante, el Consejo Fiscal sugiere que se adicione un apartado 4 al art. 36 ALECrím al objeto de introducir en la norma el contenido del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 2014, que dispone:

*En las causas contra aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado.*

Finalmente, se considera que la constitución de una sala con cinco magistrados para el enjuiciamiento de aforados ante los Tribunales Superiores de Justicia no resulta compatible con la actual planta de los mismos, pues debe recordarse que el nuevo sistema procesal distingue entre juez de garantías, juez de la audiencia preliminar, tribunal sentenciador y sala de recursos formada por tres magistrados.

**§ 13.** La **Sección 3<sup>o</sup>** del Capítulo II regula la «competencia territorial». En ella se regulan las reglas generales que permiten determinar la competencia territorial (art. 37), los fueros subsidiarios (art. 38), las reglas relativas a la



conexidad (art. 39), las excepciones a la conexidad (art. 40) y las reglas de competencia en caso de delitos conexos (art. 41).

La principal novedad consiste en sustituir las referencias al *juez de instrucción* por las que ahora se realizan al *tribunal de la circunscripción* del territorio en el que se haya cometido la infracción penal como fuero ordinario de competencia, cuyo concepto, extensión y límites territoriales no están aún desarrollados y que requieren una previa regulación para adecuarse al nuevo sistema de organización judicial. Se exceptúan los delitos competencia de la Audiencia Nacional, los casos de aforamiento, los delitos de violencia sobre la mujer y los supuestos de urgencia (art. 37). Se mantienen los fueros competenciales subsidiarios (art. 38), debiendo destacarse positivamente la sustitución del término *reo* por el de *responsable* y la supresión de los vocablos *término municipal* y *partido* para prever solo el de *circunscripción*.

En relación a la *conexidad*, los arts. 39 a 41 ALECrim introducen ligeras modificaciones respecto a la actual regulación —implementada por la reforma operada 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*—, que incidió en la necesidad de restringir la conexidad cuando la acumulación de objetos procesales fuera en contra de la racionalización de las actuaciones jurisdiccionales, de su rapidez y economía procesal y no se derivaran claras ventajas de la misma.

En este sentido, el art. 39 ALECrim suprime la previsión del vigente apartado 5 del art. 17 LECrim que, como ya avanzamos en el informe del Consejo Fiscal a la Ley 41/2015, debe considerarse positivo, «al tratarse de delitos autónomos que no exigen la declaración judicial de la existencia del delito antecedente salvo los casos de concurso real, que puedan producirse a raíz del Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006, cuando los autores del delito antecedente



y del blanqueo sean las mismas personas que recibirían el tratamiento que los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución».

Se considera positiva la mención prevista en el apartado segundo del art. 39 ALECRim, ya que permite la acumulación cuando se presentan características propias del delito continuado pero no pueda calificarse así por la exclusión que opera el párrafo tercero del propio art. 74 CP.

Frente al concepto de excesiva complejidad o dilación para el proceso (art. 17.3 LECrim) que en la actualidad permite el enjuiciamiento en procedimientos independientes de los delitos conexos, se regulan ahora las excepciones a la conexidad en los apartados a), b) y c) del art. 40 ALECRim. La nueva regulación aborda con mayor detalle la concreción de los conceptos de dilación o complejidad del procedimiento. No obstante, resultaría aconsejable que el legislador concretara los conceptos de *retraso*, *suspensión* o *culminación de las actuaciones* que se emplean en la redacción del precepto, a fin de evitar dificultades hermenéuticas y garantizar una aplicación uniforme.

Finalmente, el art. 41 ALECRim supone una reproducción del actual art. 18 LECrim, sin perjuicio de la supresión del apartado segundo de este último precepto derivada del cambio de sistema del procedimiento de investigación que pasa a ser dirigido por el Ministerio Fiscal.

**§ 14.** La exposición de motivos aborda en su apartado XV los criterios rectores en la regulación de las cuestiones de competencia, acomodando la anterior normativa a las nuevas exigencias derivadas de la atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal.

Como reflejo de esa idea, el **Capítulo III** del Título I regula conjuntamente el control de los presupuestos procesales de la jurisdicción y de la competencia (arts. 42 a 47) y las cuestiones de competencia (art. 48).



El art. 42 ALECrím proclama el carácter indisponible de las reglas legales de atribución de la jurisdicción y la competencia por pactos entre partes, el examen de oficio de estas por los juzgados y tribunales, así como la intervención de las partes en su examen.

La declinatoria puede plantearse en las fases de investigación, intermedia o de enjuiciamiento ante el órgano judicial y tiene como límite preclusivo el inicio de las sesiones del juicio oral (art. 43).

El art. 44 ALECrím establece que la tramitación de la declinatoria requiere la aportación de un principio de prueba, se resolverá mediante auto y el régimen de afectación será diferente en función de que se trate de la fase de investigación (no suspensiva) o de la fase intermedia o de enjuiciamiento (resolución previa).

En relación a los arts. 44 y 45 ALECrím, por seguridad jurídica y calidad del texto, el Consejo Fiscal sugiere que se efectúe una regulación expresa de los supuestos en los que procede la suspensión.

La resolución de la declinatoria puede ser desestimatoria (art. 45) o estimatoria (art. 46), en cuyo caso supone la abstención del conocimiento del asunto y su remisión al órgano reputado competente (tribunal de otro Estado o tribunal español competente). En caso de desestimación o estimación por falta de competencia no cabe recurso alguno, no así en el caso de falta de jurisdicción de los tribunales españoles que será recurrible en apelación. No obstante, la redacción del precepto debiera acomodarse a las reglas establecidas en el Capítulo II del Título II del Libro VII, que establece la regulación de los órganos competentes para resolver los recursos de apelación.



Asimismo, en el apartado 1 del art. 46 ALECrím el Consejo Fiscal propone la supresión de la expresión «por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado».

Finalmente, la regulación de las cuestiones de competencia (art. 48) es muy sucinta en comparación con los actuales arts. 18 a 45 LECrím pero, en todo caso, debe definirse con claridad el concepto de *tribunal superior común* que decide en las cuestiones de competencia, para lo que es imprescindible una reforma de la LOPJ y de la Ley de Planta y Demarcación Judicial.

**§ 15.** El **Título II** del Libro I lleva por rúbrica «los sujetos del proceso penal» y su primer capítulo, dividido en dos secciones, viene referido a «la persona encausada» (arts. 49 a 60).

Explica profusamente el prelegislador en la exposición de motivos su opción de anteponer la regulación del derecho de defensa a las disposiciones relativas al Ministerio Fiscal y las acusaciones. Nada se puede objetar, considerando que la preminencia de una u otra materia dependerá más de la completitud y cuidado con que se aborde su regulación que de su concreta ubicación en el texto.

El estatuto de la persona encausada —nuevo término acuñado por el Anteproyecto en su art. 49 para diferenciar, entre otras cosas, al investigado en sede policial del que ya lo es bajo la dirección del Ministerio Fiscal— cumple con los estándares mínimos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de la Haya, la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, y la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales. Por tanto, y sin perjuicio de algunas precisiones que se realizarán a continuación, dicho estatuto se considera adecuado.



Así, de su contenido se desprende la consideración del carácter personal del derecho de defensa, sin perjuicio de reconocer el derecho a contar con asesoramiento técnico en ese ámbito por medio de la asistencia letrada. La nueva norma procesal incluye además otras exigencias que ya estaban incorporadas en la legislación procesal vigente y/o en la práctica forense como consecuencia de la normativa europea y la jurisprudencia del TEDH, como, por ejemplo, la posibilidad de comunicación con el abogado por parte de la persona investigada, encausada o no, previa a la toma de declaración tanto en sede policial como del Ministerio Fiscal y/o judicial, dependiendo del caso.

El art. 54.2 ALECrím autoriza expresamente a «los abogados» a ejercer su propia defensa técnica. La utilización de esa expresión reduce injustificadamente las posibilidades de autodefensa de otros técnicos en derecho (licenciados, diplomados o con grado en derecho, según el caso) que no tengan la condición de abogados (lo que, a día de hoy, exige la realización de un curso/máster y la ulterior colegiación), como podrían ser los propios jueces y fiscales.

El último apartado del art. 59 ALECrím cuando dice «[l]a celebración del juicio en ausencia no será posible cuando conlleve una merma sustancial en el derecho de defensa de la persona acusada» adolece de una indeterminación o falta de taxatividad que puede dar lugar a que se considere la nulidad del juicio celebrado en ausencia con la simple alegación de esa merma sustancial en el derecho de defensa que, en alguna medida y sin mayores precisiones, pudiera llegar a considerarse consustancial o inherente a la propia falta de presencia del acusado. Dado que el Anteproyecto regula el derecho de defensa de forma preferente y amplia, deberían evitarse estas cláusulas generales, innecesarias, pero extraordinariamente imprecisas y, por consiguiente, aptas para generar dudas interpretativas que, dicho sea de paso, siendo inevitables en la norma sustantiva, deben minimizarse en la medida de lo posible en la norma procesal,



cuya finalidad primera es prever los límites definitorios de un proceso penal ágil, garantista y eficaz.

Desde la perspectiva de los derechos de la víctima el Consejo Fiscal valora la posibilidad de replantear los límites del enjuiciamiento en ausencia, acomodándonos a otros modelos de derecho comparado.

**§ 16.** El **Capítulo II** del Título II regula «la persona encausada con discapacidad» a lo largo de cinco secciones diferenciadas.

En primer lugar, debe tenerse presente la regulación contenida en la normativa sobre de discapacidad. La aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, supone un cambio de paradigma que afecta no solo a la nomenclatura sino a la propia esencia de la consideración de las personas con necesidad de apoyo.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, firmada en Nueva York y ratificada por España el 30 de marzo de 2007, efectúa una propuesta abierta de definición en su art. 1:

*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

Esta definición concibe la discapacidad como el resultado de una interacción entre la persona y el entorno; una variable ciertamente dinámica caracterizada, no obstante, por cierta estabilidad en el tiempo. Como es sabido, la Convención forma parte de la normativa española desde el 3 de mayo de 2008, y la legislación española ha hecho suya, con pocas variaciones, la anterior



definición en, al menos, otros dos textos legislativos relevantes para el acceso a la justicia. De un lado el art. 25 CP, cuando dice:

*A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

*Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.*

A su vez, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, incluye una definición en su art. 2 a):

*Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, es de aplicación en el ámbito de la administración de justicia (art. 5 f), lo que supone que la propia administración debe garantizar el acceso a dicho servicio para aquellas personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás, eliminando las barreras existentes o proveyendo los apoyos necesarios para garantizar dicha igualdad.



Como se puede observar, todas estas definiciones siguen los parámetros de la de la propia Convención, es decir, hacen siempre referencia a un elemento fundamental: cierta persistencia en el tiempo de la situación que se define. Es por ello que no se entiende por qué el Anteproyecto suprime en su art. 61 esa referencia temporal a la hora de dar una noción de discapacidad, pues si la situación tal y como aparece definida es instantánea o de muy corta duración —supuesto perfectamente posible en la práctica—, estaremos hablando de un fenómeno sustancialmente diferente que, para bien o para mal, no debería llevar aparejadas las consecuencias a que se refieren los siguientes preceptos.

Por otra parte, la ausencia de una referencia explícita a esa *persistencia* en la situación puede dar lugar a una invocación de la norma en claro fraude de ley. Es por ello que, dado que acertadamente se ha recurrido a la definición de la Convención para obtener un concepto de discapacidad, debería respetarse el texto en su integridad, incluyendo esa trascendente referencia temporal.

Es importante resaltar también que las definiciones anteriores se alejan de diagnósticos médicos o técnicos, lo que tiene como consecuencia que no se puede limitar el acceso del investigado/encartado a los necesarios ajustes en el procedimiento a un determinado diagnóstico o certificado. Con esa finalidad, suponemos, se redacta el art. 65 ALECRim, que habilita al juez a prever las medidas de apoyo necesarias en el caso concreto, sin hacer mención a previas resoluciones judiciales de índole civil o a valoraciones de tipo médico. No se concreta qué juez haya de arbitrar dichas medidas, de modo que se ha de suponer que será aquel que tenga intervención en la fase procesal de que se trate. Debería añadirse, pues, la cláusula «ante el juez u órgano judicial competente según el estado del procedimiento», como se hace en otros preceptos del Anteproyecto, sirviendo como ejemplo a estos efectos el tenor del art. 72 ALECRim.



Se interesa por el Consejo Fiscal realizar una serie de precisiones terminológicas en relación con este Capítulo II:

i) Se considera procedente sustituir el inciso final del art. 63.1 ALECrím por la siguiente expresión: «y en todo caso de conformidad con las medidas judiciales de apoyo acordadas en la sentencia».

ii) En el apartado 2 del art. 63 ALECrím se propone sustituir la expresión «persona discapacitada» por «persona con discapacidad».

iii) En el párrafo 3 del art. 64 ALECrím se sugiere sustituir el término «preciso» por «conveniente».

iv) Se propone sustituir el apartado 1 del art. 68 ALECrím por el siguiente tenor literal:

*Los actos para los que se ha fijado la asistencia serán practicados directamente con la persona afectada a la que se proporcionarán los apoyos necesarios a fin de garantizar su participación en el proceso. Cuando, pese a dichos apoyos específicos, la persona no pueda conocer el alcance de los mismos o no pueda garantizarse su participación efectiva, los actos serán practicados con la persona que integre la institución de apoyo.*

v) Se interesa que se realicen las siguientes adiciones al art. 70.1 ALECrím:

- Letra a): «Si la persona no es capaz de entender o ser entendida, deberá hacerse constar en la diligencia policial o fiscal».

- Letra d): Sustituir su inciso final por la siguiente expresión: «a fin de que se identifique el alcance y necesidades específicas de asistencia y apoyo a su discapacidad».



vi) En el art. 76.2.f) ALECrím se propone sustituir la expresión «medidas especiales de ayuda o tratamiento» por la de «medidas de atención integral».

No se hace referencia en ningún momento al deber de reserva de la persona que integre la institución de apoyo respecto del contenido de las actuaciones en las que tenga intervención y de cualesquiera otras circunstancias de que tenga conocimiento por razón de su función, obligación que debería preverse anudando a su incumplimiento alguna consecuencia gravosa.

Las remisiones de los arts. 75 y 76 ALECrím a los plazos y exigencias de la prisión provisional respecto del internamiento cautelar resultan profundamente desacertadas, dado que, siendo cierto que ambas medidas tienen en el proceso una finalidad de aseguramiento personal, también lo es que la naturaleza intrínseca del internamiento —sustancialmente vinculado a la evolución en la salud de la persona internada— no puede ajustar su devenir a los plazos de la prisión provisional sin más especificaciones ni matices por exiguos que estos sean.

En el art. 78 ALECrím se hace una referencia al superior interés de la persona con discapacidad que debería completarse con una referencia a la tranquilidad y/o seguridad de la víctima, quien, por otra parte, también pudiera sufrir alguna discapacidad.

En coherencia con la previsión general de levantamiento de las medidas de aseguramiento en caso de sentencia absolutoria, no se aprecia en el articulado del Anteproyecto ninguna norma que habilite la adopción de medidas cautelares personales de aseguramiento tras el dictado de sentencia absolutoria no firme por aplicación de la eximente completa de trastorno mental.



La STC 84/2018, de 16 de julio, abordó la situación que se produce en la práctica cuando un acusado en prisión provisional —normalmente destinado en una unidad psiquiátrica penitenciaria por la presunta comisión de un delito especialmente grave (asesinato u homicidio)— es absuelto por aplicación de la eximente completa de trastorno mental del art. 20.1º CP, presentándose recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en muchas ocasiones, recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La sentencia se refiere al acusado absuelto en primera instancia que, aun a pesar de ser destinatario de una medida de seguridad de internamiento en la mayoría de los casos por más de diez años, no debe sufrir la medida de prisión preventiva en ese periodo por cuanto ha resultado absuelto, y ello aun a pesar de que, al presentar una grave enfermedad psíquica, exista una muy elevada probabilidad de reincidencia, especialmente en delitos contra la vida.

Parece de todo punto ilógico que durante la instrucción del procedimiento la persona encausada pueda permanecer en esa unidad psiquiátrica penitenciaria y que, sin embargo, durante el tiempo en el que se tramitan los recursos contra dicha sentencia, la única solución posible sea, en el momento presente, la del internamiento *ex art. 763 LEC* que, como es bien sabido, carece de los mecanismos de seguridad propios de un internamiento penitenciario.

La Fiscalía General del Estado ha alertado con anterioridad de que la adopción de medidas cautelares privativas de libertad contra estas personas se presenta como imprescindible en muchos casos, dado el grado de peligrosidad judicialmente acreditado, la gravedad de los delitos cometidos y/o el riesgo de reiteración. La falta de cobertura legal en este ámbito ha llevado a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional a dar la razón al recurrente en su demanda de amparo, cuando este habla de una «prisión provisional encubierta», pues se le mantiene en un centro penitenciario «bajo el pretexto de llevarse a cabo en una unidad psiquiátrica, pero con la misma intensidad restrictiva del derecho fundamental que una prisión provisional». De allí también deduce que «la



alegación de razonabilidad de la decisión de internamiento que hace el auto resolutorio de la súplica, en tácita alusión a la proporcionalidad de la medida, olvida que, con carácter previo, es necesario que se cumpla, como presupuesto de raigambre constitucional, con el principio de legalidad».

La legislación vigente no prevé específicamente la imposición de una medida de internamiento preventivo en un centro psiquiátrico a quien ha sido absuelto por apreciarse una eximente completa de trastorno mental, mientras la sentencia no adquiriera firmeza por estar pendiente de recurso. El Anteproyecto tampoco resuelve este problema, de modo que persiste una situación caracterizada por la ausencia total y completa de norma que dé cobertura a la medida de privación de libertad a que se ha hecho repetida referencia. En sus fundamentos jurídicos y de acuerdo con la argumentación de la Fiscalía, dice el TC que «constatada la ausencia de una norma legal orgánica (art. 81.1 CE) habilitante de la adopción de la prisión provisional, tras sentencia no firme de absolución por eximente completa con imposición de medida de seguridad de internamiento, su consecuencia no podía ser otra que la declaración de haberse vulnerado el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) del recurrente, con otorgamiento del amparo solicitado» (STC 84/2018, de 16 de julio).

Así pues, se considera necesario que el Anteproyecto prevea, con rango orgánico, la posibilidad de adoptar medidas cautelares de aseguramiento personal efectivo respecto de quienes resultan absueltos en la instancia con imposición de una medida de seguridad no firme de internamiento.

Finalmente, el Consejo Fiscal interesa se realicen las siguientes modificaciones:

i) Añadir la posibilidad en el art. 79.2.2º ALECrim de que el Ministerio Fiscal recabe informe pericial.



ii) Añadir en el art. 80.1ª ALECrim que la evaluación del estado de la persona que justifique la exclusión de su presencia en el juicio oral deberá realizarse por perito.

**§ 17. El Capítulo III** (arts. 81 a 86) regula el estatuto de «la persona jurídica encausada». Como es bien sabido, el art. 6.3.c) CEDH reconoce el derecho de toda persona sometida al proceso a defenderse por sí misma y a ser asistida por un defensor. Se pone así de manifiesto que quien es titular del derecho de defensa es la propia persona encausada, de modo que el letrado que le asiste se limita a orientar técnicamente el ejercicio de ese derecho. Esta opción es reiteradamente tenida en cuenta en diversos preceptos del Anteproyecto y también a la hora de regular el estatuto de la persona jurídica encausada.

Según el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 91/2000, «la opción por la asistencia jurídica no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa».

En similar sentido se pronuncian las sentencias del TEDH de 16 de diciembre de 1999, *casos T y V contra Reino Unido*, en las que el tribunal europeo afirma que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes. En ese mismo contexto es en el que deben entenderse las numerosas resoluciones del TEDH en relación con la importancia indudable que tiene el principio de contradicción y la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (sentencias del TEDH, *caso Colozza contra Italia*, de 28 de agosto de 1991; *caso FCB contra Italia*, de 23 de noviembre de 1993; *caso Poitrimol contra Francia*, de 22 de septiembre de 1994; *caso Lala y Pelladoah contra Holanda*; y las sentencias de 10 de junio de



2009, *caso Igual Coll*; y de 16 de noviembre de 2010, *caso García Fernández*, ambos *contra España*).

Como ya argumentó en su día la Circular 1/2011 de la FGE, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*, para garantizar a la persona jurídica encausada el régimen que se acaba de describir, existe una primera alternativa que conlleva una cierta humanización de la misma, que en ese sentido se encarnará en el proceso penal a través de un representante persona física, sin perjuicio de la postulación procesal, es decir, de su representación por medio de procurador y de la asistencia técnica letrada propias y características del proceso penal, en cada caso. Esta solución lleva aparejados algunos problemas que el legislador debe resolver mediante la consiguiente habilitación legal; entre otros, la necesidad de determinar el estatuto de la persona física que materializa a la jurídica en el proceso y la determinación de si ese estatuto incluye, y en su caso cuáles, las cargas que también comporta la condición de investigado.

Resulta por lo demás claro que, dado que nuestro sistema vincula la responsabilización penal de la persona jurídica a la existencia de un delito cometido por ciertas personas físicas relacionadas con el ente jurídico, su representante puede aparecer igualmente encausado a título personal en el procedimiento, siendo factible que se produzca un eventual conflicto de intereses defensivos —generador de cierta esquizofrenia procesal— que debería resolverse mediante el nombramiento de un nuevo representante y/o una doble dirección letrada. Por otra parte, será necesario precisar qué hacer en caso de que el legal representante dejara de acudir a un llamamiento judicial.

Apuntaba la Circular de la FGE citada *supra* que existe una segunda solución que pasa por considerar innecesaria la presencia física a lo largo de todo el



proceso de una persona que materialmente represente a la persona jurídica, entendiéndose que desde el punto de vista de las garantías no es preciso un rostro en el que visualizar a la corporación investigada y/o acusada. Las consecuencias inmediatas de esta segunda opción son, de un lado, la posibilidad de prescindir de la presencia del legal representante de la entidad en los actos procesales que impliquen intervención personal (declaración en sede judicial o ejercicio del derecho a la última palabra) y, de otro, que resulten de todo punto innecesarias las medidas de coacción individual dirigidas a garantizar esa presencia, no necesaria, en el procedimiento (detención, prisión preventiva etc.). Desde esta concepción, el derecho de defensa y las garantías procesales de las personas jurídicas quedarían a salvo a través del ejercicio de las funciones que respectivamente les corresponden, en su caso, al procurador y al abogado, quienes, a tal fin, mantendrían con la persona jurídica un contacto igual que con cualquier otro cliente.

La tercera opción posible combina elementos de las dos anteriores y es por la que parece optar el prelegislador, si bien con algunas peculiaridades a las que se hará referencia más adelante. En primer término, la salvaguarda del derecho de defensa de la persona jurídica exige que —al igual que ocurre con las personas físicas— le sean comunicados con inmediatez los cargos en los términos y con las prescripciones y derechos a que hacen alusión los arts. 557 y ss. y concordantes del Anteproyecto. Toda persona a quien se atribuya un acto punible puede ejercitar su derecho de defensa, debiendo ser representada por procurador y defendida por letrado, designándosele de oficio cuando no lo haya nombrado por sí mismo y así lo solicite y, en todo caso, cuando no tengan aptitud legal para verificarlo.

Así pues, parece que en la primera ocasión en la que haya de informarse a la persona jurídica de los hechos que se le atribuyen dicha diligencia se habrá de realizar en presencia de una persona física que represente o encarne a la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que



las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas. Esta comunicación habrá de remitirse al domicilio social que, dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los arts. 41 CC y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente.

Opta el prelegislador por imponer que ese representante de la persona jurídica sea «el director del sistema de control interno de la entidad». Esta opción, que utiliza una terminología absolutamente ajena a la habitualmente usada en el ámbito de conocimiento propio de los denominados *programas de prevención o control o programas de cumplimiento normativo*, agrava los problemas derivados de las peculiares características de las personas jurídicas, en las que pueden existir intereses comunes y/o contrapuestos entre los diferentes intervinientes en el proceso, investigados personas físicas y jurídicas, testigos y demás partes en el proceso.

Aun cuando el art. 81.3 ALECrim prohíbe —recurso del que, inexplicablemente, se abusa a lo largo de todo el articulado— que el representante de la entidad pueda ser quien deba declarar como testigo o en otra condición relacionada con la práctica de la prueba, la falta de flexibilidad de la norma a la hora de determinar quién sea ese representante puede dar lugar a conflictos de muy difícil resolución y poco respetuosos con el más amplio derecho de defensa de que es titular también la persona jurídica, particularmente en aquellos casos en los que la designación del representante atribuya indebidamente un estatus similar al del investigado al denominado *director del sistema de control interno*, que, en el caso concreto, pudiera tener en el proceso una intervención diferente.

Por otra parte, en muchas corporaciones (y particularmente en las de gran tamaño, únicas en las que parece haber pensado el prelegislador) el órgano director del programa de cumplimiento (comité de *compliance* o comité de cumplimiento normativo, en terminología más usual) es un órgano colegiado a



cuyo frente puede estar más de una persona, cuestión esta que no resuelve el nuevo texto.

El representante de la persona jurídica que no haya sido *imputado* personalmente y actúe en el procedimiento penal en nombre de la misma no tendrá la condición de encausado, pero formalmente gozará de las garantías propias del mismo en la medida en que actúe en nombre de la corporación y a los solos fines de garantizar el derecho de defensa de esta última, que incluirá la posibilidad de intervenir voluntariamente en determinadas diligencias. Sin embargo, su incomparecencia injustificada dará lugar a su detención en los supuestos de los arts. 81.4 y 84.2 ALECrim, donde la personificación de la persona jurídica se lleva al extremo de justificar una medida ciertamente gravosa para la persona física titular de ese cometido. La anterior posibilidad se entiende con dificultad, dado que también se prevé que la incomparecencia a actos de investigación o de aseguramiento de prueba se sustancien con el abogado defensor. Deviene así la exigencia de esa presencia física en una incisión innecesaria en la libertad individual del representante y en el derecho de defensa de la corporación, que se vería mucho más ampliamente salvaguardado mediante el otorgamiento a la misma de la facultad de elegir quién la representa y si realmente quiere *personificarse* en alguien en concreto en el curso de la investigación y enjuiciamiento penales.

No se comprende qué obstáculos puede haber para que la persona jurídica intervenga en el procedimiento de investigación por medio de su procurador y su letrado, siendo este último quien haga llegar al proceso —a través de la petición de diligencias, la aportación de pruebas y/o la presentación de alegaciones por escrito cuando lo considere conveniente— los argumentos defensivos de la corporación conforme a las instrucciones de la entidad que habrán de hacerse llegar al letrado por los cauces estatutariamente previstos a tal fin por la propia persona jurídica. La anterior forma de proceder garantiza sobradamente el derecho de defensa de la persona jurídica y el proceso



contradictorio, y es la opción actualmente vigente de la que no se conocen disfunciones que justifiquen un cambio de modelo que tampoco el prelegislador explica.

En favor del criterio anterior habla el hecho de que es perfectamente posible que deban ser simultánea o sucesivamente encausados en el mismo procedimiento tanto el representante de la persona jurídica a título individual, como la propia corporación, pudiendo darse el caso de que esta última se vea en la necesidad de designar un nuevo representante en el procedimiento de forma obligatoria, en un proceso que puede derivar en sucesivas y artificiosas designaciones como director de control interno de quien en realidad nunca ha ostentado esa condición ni ejercido *de facto* dicha función.

Asimismo, y con carácter general, es posible que la representación y defensa letrada del legal representante y de la persona jurídica se materialicen en un solo procurador y un único abogado —piénsese en la opción de desarrollar una misma estrategia procesal y defensiva—, sin perjuicio de lo cual, en caso de apreciarse la existencia de un conflicto de intereses de esta naturaleza, habrán de adoptarse las medidas oportunas para designar un procurador y una dirección letrada diferentes para cada uno de los encausados.

El legislador prevé una habilitación legal expresa para adoptar la medida de aseguramiento de carácter personal respecto del representante *humanizado* de la persona jurídica encausada, por cuanto si bien el mismo ostenta por subrogación los derechos inculpatorios, en muchos casos no estará personalmente encausado, de modo que sin dicha habilitación no podría ser sometido a detención, prisión provisional ni búsqueda. Como es bien sabido, la aplicación de la reserva de ley orgánica a las medidas cautelares personales es consecuencia de lo dispuesto con carácter general en los arts. 53.2 y 81.1 CE.



Dado que la libertad es presupuesto necesario de otros derechos fundamentales, la Constitución la configura de forma negativa, de modo que el derecho fundamental a la libertad aparece como garantía de no ser privado de ella salvo en los casos y en la forma dispuestos por la ley. Así pues, la norma que detalla las condiciones de la privación o restricción de la libertad y el procedimiento para adoptarla integran el desarrollo del derecho mismo, y este puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se opera contra lo que la ley dispone. Las previsiones del prelegislador, por tanto, siendo posibles, resultan tal vez excesivas en este caso.

No anticipa el Anteproyecto qué hacer en caso de modificación de la persona jurídica encausada antes de iniciarse el procedimiento y a lo largo de su tramitación (sí se alude a esta posibilidad en la ejecución), aun cuando se obliga a la nueva persona jurídica a decidir acerca del mantenimiento o no del representante designado; sería pues, fundamental, prever la forma en que deban tener cabida en el procedimiento las sociedades resultantes de escisiones o fusiones de las entidades inicialmente encausadas, y determinar de forma taxativa que los posibles cambios en la dirección letrada no afecten a la validez de lo actuado hasta ese momento.

Puesto que el Anteproyecto parte de la premisa de que acusador y acusado son personas distintas y, por tanto, no contempla que un mismo sujeto pueda presentar en el mismo proceso un escrito de acusación y otro de defensa, ni que tenga intervención en el juicio oral tanto en calidad de acusador como en calidad de acusado, cuando la defensa de la persona jurídica consista en atribuirse la condición de víctima del delito cometido por sus gestores o subordinados en las condiciones del art. 31 *bis* CP, no podrá formular acusación contra las personas físicas en el seno del mismo procedimiento.



En el art. 81.2 ALECrim se establece que, para el caso de que ninguna persona ocupe el cargo de *director del sistema de control interno* y la persona jurídica, previa advertencia de las consecuencias de la falta de designación, no haya designado otra que acepte la representación, el juez de garantías, a instancia del Ministerio Fiscal, elegirá para representar a la entidad a quien ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho. Esta injerencia, además de potenciar la de por sí sobredimensionada figura del juez de garantías se considera absolutamente fuera de lugar y potencialmente generadora de una situación que, en la práctica, puede dar lugar a disfunciones y conflictos de intereses, problemas que se verían fácilmente resueltos por medio de la posibilidad de que la persona jurídica opte por tener o no como representante a una persona física en el procedimiento, supliendo la decisión de no tenerla con la asistencia letrada, esta sí irrenunciable. Que la defensa sea un derecho del propio encausado no conlleva que, en el caso de la persona jurídica, como constructo legal, no puedan evacuarse las necesarias comunicaciones a través de la postulación técnica.

Respecto del art. 86.3 ALECrim (especialidades de la publicación de las requisitorias), la remisión al art. 215 podría ser insuficiente porque este precepto no contempla el supuesto de personas jurídicas.

**§ 18.** El **Capítulo IV** del Título II («el Ministerio Fiscal») constituye una transcripción cuasi literal del texto que en su día integró el Capítulo II del Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal del año 2011, si bien se han incluido algunas leves correcciones y/o añadidos que, en general, no generan cambios sustanciales en el documento finalmente propuesto.

El hecho de que el Anteproyecto tenga en cuenta las previsiones de dos textos anteriores (de 2011 y 2013) da lugar a que el resultado final adolezca en ocasiones de una exhaustividad innecesaria, cuando no generadora de un



buen número de trámites ralentizadores, a excepción precisamente del dedicado al Ministerio Fiscal, integrado por unos pocos preceptos que incluyen abundantes remisiones al Estatuto Orgánico, aun a pesar de ser, teóricamente, el nuevo director de la investigación.

La lectura del texto íntegro del Anteproyecto y la brevedad e insuficiencia de los preceptos que se reservan a la regulación del Ministerio Fiscal evidencian la inaplazable necesidad de rediseñar la institución del Ministerio Público mediante la redacción de un nuevo estatuto que ultime su decidida modernización, refuerce su autonomía, defina las competencias de las diferentes categorías de fiscales y prevea y facilite soluciones a las numerosas incidencias que de seguro se producirán como consecuencia de las nuevas atribuciones del fiscal (diferencias de criterio entre fiscales investigadores o desacuerdo con las pautas del superior jerárquico, abstenciones, recusaciones, régimen disciplinario, etc.).

Llama la atención en primer término la selección de cuestiones que se regulan en el anteproyecto de la nueva norma procesal y aquellos otros respecto de los cuales se efectúa una remisión al EOMF, cuyo texto, siquiera reformado, no ha sido publicado al tiempo que el Anteproyecto. Algunas de las cuestiones en las que se efectúa una remisión en favor del Estatuto bien podrían haberse regulado en la norma procesal, mientras que otras (por ejemplo, la posibilidad de investigar en equipos) forman parte de la capacidad autoorganizativa del Ministerio Fiscal, razón por la que deberían ser objeto de exclusiva regulación estatutaria.

Aun cuando la exposición de motivos apele a la mayor autonomía y la colegialidad para justificar las previsiones de, por ejemplo, el art. 97 ALECrím, lo cierto es que el anteproyecto de norma procesal cede a la tentación de imponer al Ministerio Público una forma de organización que, por lo demás, revela cierto desconocimiento respecto de la habitual prevalencia que tiene el



trabajo colaborativo en el día a día de la institución. En cualquier caso, abordar esta nueva situación mediante una reforma parcial del Estatuto, con los consiguientes añadidos insertados en el articulado del texto vigente —herido además de cierta obsolescencia— sería dejar pasar una oportunidad irrepetible de configurar una institución capaz y renovada que pueda hacer frente de forma eficiente al reto de dirigir la investigación penal, asegurando la progresiva mayor agilidad y óptima calidad de la administración de justicia penal.

El art. 87 ALECrím añade con buen criterio la previsión de que el Ministerio Fiscal español ceda su competencia en favor de la Fiscalía Europea en los términos a que hace referencia la propia ley.

El apartado 3 del precepto incluye dos veces el término «solo», una de ellas con tilde (sólo) y otra sin ella, redacción que es manifiestamente mejorable, ya que en el primer párrafo el término resulta innecesario y, por tanto, debería suprimirse: «El Ministerio Fiscal [solo] ejercerá la acción civil en favor de la víctima cuando esta no se haya personado...», y en el segundo párrafo la redacción sería más correcta con el siguiente tenor «Si son varios los ofendidos o perjudicados, el Ministerio Fiscal [sólo] *únicamente* ejercerá la acción civil en favor de quien no hizo la reserva ni se personó en el procedimiento».

El art. 88 ALECrím efectúa una remisión en bloque al Estatuto que evidencia la afirmación efectuada al inicio respecto de la necesidad de abordar una reforma profunda de la institución, a la que deberán atribuirse facultades que posibiliten que la dirección de la investigación penal no sea una expresión vacía de contenido.

El art. 89 ALECrím pretende ofrecer una definición del principio de legalidad al que debe someterse el Ministerio Fiscal que resulta francamente mejorable. La redacción del mismo establece:



1. *El Ministerio Fiscal, ante la fundada sospecha de la comisión de un delito público, está obligado a: c) Deducir y sostener la acusación en el juicio oral;*

Esta forma de expresión resulta ciertamente chocante pues el Ministerio Fiscal sostiene la acusación en el juicio oral —y así se prevé en otros preceptos del Anteproyecto— siempre y cuando haya confirmado las iniciales *fundadas sospechas* de la comisión de un delito con un acerbo probatorio que justifique el ejercicio de dicha acción. Por consiguiente, debería modificarse la redacción del enunciado del punto 1, diciendo algo similar a «El Ministerio Fiscal, frente a hechos susceptibles de ser calificados como delictivos (...)».

Tampoco parece muy adecuada la utilización, reiterada en diversos pasajes del Anteproyecto, de la expresión «dilaciones indebidas». En primer término, es precisamente la ley procesal la que debe elaborar un marco normativo para la investigación y el enjuiciamiento eficaz de los hechos delictivos en el que las dilaciones indebidas —que, como es bien sabido, no son todas las dilaciones— no se produzcan. Por consiguiente, no serán evitables por medio de su simple prohibición sino a través de un proceso ágil y fluido que, bien las evite, bien minimice el riesgo de que se produzcan. Sería, por tanto, deseable la utilización de expresiones como «con la debida diligencia, atendiendo a las circunstancias del caso», por ejemplo.

Para una mejor configuración de un proceso sin dilaciones indebidas conviene además recordar que, en contra de lo que parece expresar la exposición de motivos del Anteproyecto, la jurisprudencia constitucional ha venido reiterando que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede identificarse con la configuración de un plazo o duración legalmente predeterminados. Véase, por todas, la STC 100/1996, de 11 de junio (rec. núm. 758/1994), cuando dispone:



*Este Tribunal viene precisando repetidamente al respecto (por todas, STC 301/1994) que la expresión constitucional “dilaciones indebidas” (art. 24.2 CE) constituye un “concepto jurídico indeterminado”, lo que por su imprecisión exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aún siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales.*

En el art. 92 ALECrím la expresión «será motivo de responsabilidad disciplinaria» debería sustituirse por una expresión más precisa y a la vez menos determinante como «podrá revestir responsabilidad disciplinaria conforme a lo establecido en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal».

Huelga decir que, como se ha avanzado, será necesaria la redefinición de las faltas disciplinarias, cuyo tenor actual genera muchas dificultades interpretativas y ciertos vacíos legales que, sin duda, ampliarán sus contornos frente a un nuevo fiscal con mayor autonomía y mayor responsabilidad. Debe, asimismo, recordarse que el Estatuto vigente solo prevé las incompatibilidades, la abstención y las prohibiciones en forma manifiestamente insuficiente en relación con el nuevo rol del Ministerio Fiscal.

La indeterminación en cuanto al órgano competente en materia de recusaciones (apartados 2 y 3 del art. 92 ALECrím) se debería resolver también en la nueva redacción del EOMF.

Como se ha anticipado, algunas de las cuestiones reguladas en el Anteproyecto inciden en la capacidad autoorganizativa del Ministerio Fiscal, como ocurre, por ejemplo, con las previsiones del art. 97 ALECrím cuya innecesariedad resulta evidente, dado que, sin dejar de remitirse al Estatuto en diversas ocasiones, efectúa una serie de disposiciones impropias de una norma procesal.



En consecuencia, el Consejo Fiscal propone suprimir el párrafo segundo del art. 92.1 ALECrim en tanto en cuanto constituye un *recordatorio* legal innecesario de una posible infracción disciplinaria, cuya regulación se prevé expresamente en el EOMF.

Las referencias a los órganos del Ministerio Fiscal que se efectúan en los arts. 94 y 95 ALECrim resultan harto confusas si atendemos al vigente EOMF. Recuérdese que órganos del Ministerio Fiscal son, según el art. 12 EOMF, el Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Junta de Fiscales Superiores, la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, las Fiscalías Especiales y la del Tribunal de Cuentas, la Fiscalía Jurídico Militar, las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, las provinciales y las de área.

En relación con el art. 94 ALECrim, no resultan correctas las referencias a la «fiscalía adscrita», por lo que dicha expresión debiera ser sustituida por la de «fiscalía competente».

Es erróneo denominar órganos centrales del Ministerio Fiscal a los que aparecen en el art. 95.5 ALECrim, término que se confunde con los que en nuestra tradición se consideran órganos o unidades centrales del Ministerio Fiscal, que obviamente son otros. En ausencia de la necesaria reforma del Estatuto convendría, pues, utilizar terminología ya consolidada a fin de evitar dudas interpretativas o dualidades semánticas innecesarias.

En definitiva, la dirección del procedimiento de investigación corresponderá al fiscal que sea designado como responsable del mismo, conforme a los criterios establecidos en el EOMF y las normas e instrucciones generales.

**§ 19.** El **Capítulo V** del Título II regula «el estatuto de la víctima en el proceso penal» (arts. 99 a 115). También en este caso se detecta una notable



coincidencia entre el texto del anteproyecto de 2011 y el de 2020. Incluso, se reivindica en la exposición de motivos que el anteproyecto de 2011 fue el primer texto normativo que estableció un título especialmente dedicado a los derechos que asisten a las víctimas, invocando la traslación del catálogo de derechos recogido en la Decisión Marco 2001/220/JAI. A estas alturas, la anterior referencia resulta en buena medida un anacronismo pues, como es bien sabido, la Decisión Marco fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, y su trasposición a nuestro ordenamiento se llevó a cabo en virtud de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, texto que sigue en vigor y respecto del cual ninguna de las disposiciones derogatorias del Anteproyecto se refiere a su supresión o cancelación, total o parcial.

Cierto es que las víctimas del delito son titulares de derechos de diversa índole, pudiendo diferenciarse entre los de naturaleza procesal y aquellos otros que podrían considerarse de carácter más marcadamente social y/o asistencial. Sin embargo, la regulación que incluye el Anteproyecto genera confusión; en primer término, porque se prevé un concepto nuevo de víctima que no coincide con el de la Ley 4/2015. Además, el Anteproyecto enuncia una serie de derechos que tampoco son coincidentes con los del Estatuto de la Víctima, norma esta última que, sin embargo, declaraba en su exposición de motivos ser *un catálogo de mínimos* y que, como es sabido, atribuye la condición de víctimas del delito también a las que lo son de forma indirecta, posibilidad que está expresamente excluida en el Anteproyecto mediante una apelación al derecho de la Unión Europea —ofendidos y perjudicados directos— que no se corresponde con la realidad (*vid.* art. 1 de la Directiva) ni con la del Estatuto de la víctima (art. 2 del Estatuto).

Los arts. 99.2 y 113.2 ALECrim no especifican el carácter directo o indirecto del perjuicio ocasionado por el delito y la concepción de la víctima como tal desde ese concreto parámetro. Por ejemplo, en el segundo precepto citado se



reconoce la capacidad de formular acusación particular a las que, según su Estatuto, podrían considerarse víctimas indirectas del delito. Resulta, en consecuencia, que la lectura conjunta de la Ley 4/2015 y la actual redacción del Anteproyecto previsiblemente ocasionará dudas respecto de quiénes pueden considerarse directa o indirectamente afectados por el hecho delictivo.

Convendría, pues, que el legislador fuera más claro en una materia dirigida precisamente a quienes sufren las consecuencias del delito y son titulares de derechos para cuyo ejercicio —en muchos casos— no resulta imprescindible contar con asesoramiento técnico. Es aquí donde la norma debería ser más fácilmente comprensible. Quizás hubiera resultado más sencillo efectuar en esta materia una remisión al Estatuto de la víctima, incluyendo tan solo en el Anteproyecto las salvedades y/o excepciones que se consideren necesarias, siempre y cuando no generen restricciones a un catálogo de derechos y prerrogativas que expresamente han sido declarados como un umbral mínimo.

Llama la atención la definición del art. 102 ALECrím respecto de las víctimas especialmente vulnerables mediante la frase «[s]on víctimas especialmente vulnerables a los efectos de esta ley aquellas que, por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación», expresión que por sí sola no significa absolutamente nada y bien podría aplicarse a aquellas víctimas que sean menos vulnerables. Tan solo tras la lectura del segundo apartado del precepto se puede hacer una aproximación a lo que se ha querido decir con el primero. Es esta una deficiencia que debería corregirse, recurriendo si ello fuera necesario a alguna de las múltiples definiciones de *víctimas vulnerables* que ofrece la doctrina especializada.

Se efectúan menciones reiteradas a conceptos jurídicos indeterminados o interpretables conforme a las variables específicas de cada supuesto, que resultan impropios de una norma procesal, como *dilaciones indebidas*, *retrasos*



*innecesarios y victimización secundaria*. Ya se dijo en otro momento que las dilaciones indebidas pueden sustituirse por «la debida diligencia, atendidas las circunstancias concretas». La mera proclamación de la interdicción de la victimización secundaria en una ley procesal constituye un loable objetivo del prelegislador pero no un instrumento procesal para conseguirlo. La ley rituaría debe procurar, como uno de sus objetivos prioritarios, la generación de un *iter* procedimental que minimice la posibilidad de que se produzcan *patologías* directamente derivadas de la inadecuación del sistema —como sin duda lo son la victimización secundaria o las propias dilaciones indebidas—. El art. 103 ALECrím no pasará de ser una mera declaración de *buenas* intenciones si a su redacción se acompañan otros preceptos en los que se impongan diversos trámites preceptivos puramente burocráticos, reiterativos y/o innecesarios.

No se comprende bien a qué momento del proceso se refiere el art. 102.2 ALECrím. En caso de que dicha referencia incluya la fase de la investigación del Ministerio Fiscal, dadas las atribuciones que el mismo tiene en materia de menores y personas con discapacidad, no debería imponerse como necesaria la resolución judicial motivada declarativa de la vulnerabilidad de la víctima, que sí será precisa en la fase del juicio oral siempre y cuando la práctica de la prueba haya de llevarse a efecto con alguna especialidad.

En el art. 103.2 ALECrím la expresión «para acoger a las víctimas» podría sustituirse por «para la estancia de las víctimas», evitando así un término con cierta significación jurídica que resulta poco usual en este contexto y podría generar errores interpretativos.

**§ 20.** El **Capítulo VI** del Título II («las acusaciones») regula en dos secciones distintas la acusación particular y la acusación popular (arts. 116 a 125).

Respecto a la acusación particular, el art. 117.2, párrafo segundo, no aclara a quién corresponde la iniciativa de instar de la autoridad judicial la medida de



agrupar las diversas acusaciones. Se propone añadir la expresión «a instancias del Ministerio Fiscal o cualquiera de los intervinientes», así como sustituir el tenor «tras oír a todas las partes» por el de «previa audiencia de las partes».

La regulación de la acusación particular resulta, en general, adecuada. Sin embargo, se detecta en el prelegislador lo que aparenta ser una indisimulada desconfianza respecto del instituto de la acusación popular, para cuyo ejercicio se prevén severos límites de tipo objetivo, subjetivo, por medio de la necesaria formulación de querrela y a través del ulterior control judicial.

Sin perjuicio de que las propuestas son opciones posibles a la vista de la lacónica previsión constitucional de la acción popular, las limitaciones objetivas y subjetivas en su ejercicio pudieran resultar excesivas, dejándola relegada a una mera posibilidad testimonial que no cumpla con el designio constitucional de facilitar la participación de la ciudadanía en la justicia penal.

Si se considera que su fundamento es el que apunta el Anteproyecto en su exposición de motivos —*contar con la visión ciudadana de la legalidad penal*—, no se justifica que se limite su ejercicio a un catálogo de delitos fuertemente vinculados a lo que el prelegislador denomina *intereses difusos* o *delitos relacionados con la corrupción pública*, siendo este último además un concepto absolutamente indeterminado y de perfiles ciertamente confusos en nuestro sistema judicial. Pero es que, además, tan enriquecedor será conocer la visión ciudadana de esas infracciones, como de otras en las que se protegen, por ejemplo, bienes jurídicos personales, respecto de los cuales, la evolución de la conciencia social constituye un marcador del que convendría no prescindir.

Por lo que respecta a los límites subjetivos, resulta controvertida la exclusión de las personas jurídico-públicas, con las que puede existir cierto solapamiento respecto de la función atribuida al Ministerio Fiscal, si bien no se entiende qué



mal puede haber en facilitar su acceso al ejercicio de la acción penal, dado que su actuación no siempre será coincidente con la del Ministerio Público.

Más controvertida resulta aún la exclusión de los partidos políticos y sindicatos, de los que se dice en la exposición de motivos que «los partidos políticos y los sindicatos, por su peculiar inserción en el orden constitucional como organizaciones de relevancia pública y por el especial riesgo de instrumentalización del proceso que dimana de su intervención activa en el debate político, deben estar también excluidos del ejercicio de esta acción».

En primer término, la posibilidad de instrumentalizar la acción penal podría predicarse de cualquiera de los sujetos del proceso, lo que justifica la previsión de límites y condicionamientos a su ejercicio pero no necesariamente su supresión. La experiencia enseña que en ocasiones la especial función de control de la actividad pública ejercida por los partidos políticos y sindicatos ha sido determinante a la hora de aflorar, enjuiciar y en algún caso castigar graves conductas delictivas. El hecho de que la acusación popular sea una institución *exótica* para los países de nuestro entorno no debería llevar al prelegislador a mirarla con recelo, sino más bien a reconocer que constituye un factor de enriquecimiento, un valor añadido en un proceso penal garantista que no duda —ni debe temer— en implicar a la ciudadanía.

El tercer límite al que se refiere el prelegislador —el estricto control judicial sobre la acción popular— puede conjurar de forma suficiente esa eventual instrumentalización, haciendo innecesaria esa censura previa y tan amplia del Anteproyecto.

Menos sentido aún tienen las limitaciones apuntadas si de lo que se trata es de servir de «contrapeso frente a una concreta actuación del Ministerio Fiscal que puede ser controvertida», funcionalidad de la acción popular que se halla extramuros de la previsión constitucional y a la que, no obstante, apela el



prelegislador en su exposición de motivos, desplazando injustificadamente hacia la acusación pública su inicial desconfianza hacia la acción popular.

El Consejo Fiscal no comparte el criterio de que la querrela sea presentada ante el juez competente (art. 124.2 ALECrím). El Ministerio Público es el titular del procedimiento de investigación y, en consecuencia, la querrela debiera ser presentada ante el Ministerio Fiscal, lo que conlleva la consecuente modificación del art. 568 ALECrím.

**§ 21.** El **Capítulo VII** (arts. 126 a 139) regula «las partes civiles» en cinco secciones diferenciadas, lo que se considera correcto. Se introducen, como novedad, una serie de previsiones respecto de los terceros afectados que, no obstante, puede resultar excesivamente escuetas, a tenor de la amplitud con la que se regula el decomiso en nuestro ordenamiento jurídico.

No existe en el Anteproyecto reflejo alguno de la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia nº 607/2020, de 13 de noviembre, de acuerdo con la cual las indemnizaciones y el resto de las responsabilidades civiles derivadas de una sentencia penal firme son imprescriptibles. Es posible que este silencio se justifique por la previsión de una reforma futura de algunos de los preceptos del Código Penal que abordan esta cuestión. Sin embargo, se entiende que debería también regularse en la ley procedimental, por cuanto es del *juego conjunto* de las previsiones del Código Penal, la LEC y la LECrím de donde se han derivado las consecuencias asumidas por el Tribunal Supremo en la citada resolución.

Conforme al art. 570 LEC, la ejecución «solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante». En atención a este precepto, se aprecia la imprescriptibilidad y la obligación del tribunal penal de proseguir de oficio «indefinidamente» la ejecución hasta la total satisfacción del acreedor ejecutante. Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción



civil, en nuestro sistema vigente la ejecución de la responsabilidad civil *ex delicto* declarada en la sentencia penal debe ser promovida en todo caso de oficio desde el momento en que se declare su firmeza (art. 984.3 LECrim).

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y un criterio básico de seguridad jurídica exigen que, para quienes han sido parte en un proceso judicial y, especialmente, para las víctimas de los delitos, las resoluciones judiciales que pongan fin al proceso sean ejecutadas y cumplidas de manera efectiva en sus propios términos.

Argumentan las resoluciones judiciales que han tenido en consideración esta cuestión que tan importante es la intangibilidad de la responsabilidad civil que ni siquiera el indulto —que puede extinguir la pena en todo o en parte— puede afectar a los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil *ex delicto*.

Asimismo, el Tribunal Supremo refiere que la singular configuración del proceso de ejecución en la jurisdicción penal permite concluir que una vez iniciada la ejecución forzosa no es aplicable el plazo de caducidad (5 años) establecido en el art. 518 LEC. Se entiende que la ejecución de los pronunciamientos civiles no debe quedar constreñida por límites que no vengán expresamente determinados en la ley y esos límites han de ser interpretados de forma restrictiva.

Debe recordarse, asimismo, que la sentencia del Tribunal Supremo citada *supra* contiene un voto particular que, coincidiendo materialmente con el fallo de la sentencia, entiende no obstante que el crédito de la ejecutoria civil prescribe tras el transcurso del plazo señalado en la ley, que comienza a computarse desde la extinción de la responsabilidad penal por las causas previstas en el art. 130 CP. Resulta, pues, evidente que la cuestión no está exenta de aristas que tal vez aconsejen dar una solución legal a la cuestión.



Es cierto, por supuesto, que el interés de la víctima ha de ser priorizado pero tampoco puede vaciarse de contenido la posición del condenado y su derecho constitucional a la seguridad jurídica. Por consiguiente, como inteligentemente señala un sector de la doctrina, quizás la clave pueda hallarse en el hecho de que la prescripción alcanza a las *acciones*, sea acción penal o acción civil, pero no a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias. La acción penal para perseguir un delito está limitada por la prescripción (con pocas excepciones) y las acciones civiles (las pretensiones) también pueden ser ejercidas dentro de un plazo máximo, aunque también se den excepciones o situaciones especiales. Sin embargo, la responsabilidad civil impuesta en una sentencia no se identifica con la acción que puede ejercer el perjudicado, sino que se trata del reconocimiento de un derecho y el obligado a dar o hacer algo está sujeto a esa obligación hasta que cumpla con ella.

En todo caso, bueno sería que el prelegislador clarificara este delicado problema, resultando la actual tramitación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal una excelente oportunidad para hacerlo.

Por otra parte, el plazo de diez días previsto en el art. 133 ALECrím para impugnar la llamada al proceso de los terceros responsables civiles parece muy exiguo si se tiene en cuenta lo previsto en el apartado sexto, ya que, si no formulan oposición a la medida o dejan precluir el plazo señalado al efecto, la consecuencia es que se entenderá que renuncian a hacer valer en el proceso penal los derechos que puedan alcanzarles.

El art. 107 CP establece que «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la



indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

Así pues, resulta claro que el anterior precepto hace extensiva la condición de responsables civiles directos a las aseguradoras en todos los casos, luego la legitimación pasiva de la compañía en el proceso no puede depender de si el seguro contratado es obligatorio o voluntario, como parece sugerir el art. 135 ALECrím.

**§ 22.** A lo largo de los arts. 140 a 163 que integran el **Título III** del Libro I, el Anteproyecto regula «el régimen general de las actuaciones, las resoluciones y las pruebas» a través de los apartados relativos al régimen general de las actuaciones (Capítulo I), la publicidad de las actuaciones (Capítulo II), la documentación de las actuaciones (Capítulo III), los gastos y las costas procesales (Capítulo IV), la forma y efectos de las resoluciones (Capítulo V) y finalmente las reglas generales sobre la práctica de la prueba en el proceso penal (Capítulo VI).

La exposición de motivos no ofrece explicación alguna sobre los diferentes capítulos que configuran este Título III lo que parece obedecer a que aparecen regulados en otras normas, aunque deja intuir en su apartado LI la futura regulación de un sistema de gestión documental simplificado a través de la oficina judicial y a cargo de un letrado de la administración de justicia, que tendrá la función de custodia del procedimiento, que pondrá a disposición del fiscal director del procedimiento, al que tendrá acceso de forma puntual el juez de garantías cada vez que sea requerida su actuación en un concreto incidente, y en el que las partes tendrán un acceso modulado en función de su grado de intervención en las actuaciones. Igualmente, se establece la previsión de la futura creación de un código procesal electrónico que incorpore la regulación de la documentación y la gestión electrónica de procedimientos.



En este sentido, cabe destacar que se está redactando en la actualidad el Anteproyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia con la finalidad de integrar los tribunales de instancia mediante la modificación de la Ley de Planta y Demarcación Judicial. Asimismo, se ha presentado recientemente el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, en cuyo art. 18 se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, en todo lo relativo a la realización de actos de comunicación que pasan a desarrollarse por vía electrónica; igualmente, su art. 20 reforma la Ley 18/2011, de 5 de julio, *reguladora del uso de las tecnologías de la comunicación en la Administración de Justicia*, de tal modo que su aprobación entraría en contradicción con las normas previstas en el Anteproyecto sobre la materia.

**§ 23.** El **Capítulo I** del Título III comienza con el art. 140 que regula el régimen general que afecta a actuaciones procesales y actos de comunicación, estableciendo la supletoriedad de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*.

Pese a ello, el régimen establecido no es completo ya que no se hace referencia a los supuestos de cooperación internacional que cada día son más usuales en la actuación del Ministerio Fiscal y que tiene su fiel reflejo en numerosas disposiciones legales vigentes que rigen su actuación.

La nueva norma procesal opta por una regulación del régimen de *actuaciones procesales* por remisión a lo establecido por la LOPJ y la LEC, utilizando una redacción similar a la del art. 106 ALECrím de 2011 en el que se detallaban las disposiciones de las mencionadas leyes que se aplican por remisión, distinguiendo en el apartado primero el proceso penal del apartado segundo dedicado exclusivamente al procedimiento de investigación.



Respecto al proceso penal el Anteproyecto proclama que son de aplicación supletoria las normas citadas, sin perjuicio de las especialidades que se dan a lo largo del procedimiento, incluyendo una definición abierta en contraposición con el art. 116 de la propuesta de Código Procesal Penal de 2013 que citaba la totalidad de elementos de las actuaciones procesales a los que se remitía la presente ley, pero exclusivamente referida a las prescripciones de la LOPJ y de la LEC.

En lo relativo al procedimiento de investigación, el Anteproyecto cita las particularidades que afectan a la regulación del tiempo hábil para las actuaciones investigadoras, adaptando lo establecido en los arts. 184 y 185 LOPJ sobre el cómputo de los plazos procesales, y el art. 130 LOPJ respecto a las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal.

En cuanto al lugar en donde se practicarán las actuaciones, el Anteproyecto adapta los criterios de los art. 129 y ss. LEC, adecuándolos a las especificidades del procedimiento penal. No obstante, la previsión del apartado b) y del último inciso del art. 140.2 ALECCrim debería ser objeto de regulación en el EOMF al tratarse de cuestiones organizativas del Ministerio Fiscal y no estar prevista en el momento actual ni la figura del *fiscal responsable* ni la del *auxilio fiscal*.

Además, pese a la aplicación supletoria de la LOPJ y la LEC en cuanto al lugar de las actuaciones, entendemos que debería reflejarse en la regulación del régimen de actuaciones todos aquellos supuestos que a lo largo de la ley y en relación al procedimiento de investigación permiten su realización a través de videoconferencia o sistemas similares, como por ejemplo, la declaración de investigados (art. 320), la declaración de testigos (art. 464) y la declaración de testigos menores de edad (art. 468.4), que en el art. 121 de la PCPP de 2013 se regulaban como *declaraciones a distancia* y que, realmente, son



especialidades de las actuaciones procesales que afectan al lugar de realización de las mismas.

Por ello, se propone modificar el art. 140.2 ALECrím en el siguiente sentido:

*b) Las actuaciones que correspondan directamente al Ministerio Fiscal se realizarán en la sede de la fiscalía o en el lugar que el fiscal designe en atención a la naturaleza de la diligencia, sin perjuicio de las especialidades que sobre el lugar de las actuaciones se establecen en esta ley.*

*Las que hayan de practicarse fuera de la circunscripción de la fiscalía competente podrán realizarse por el fiscal responsable de la investigación o mediante auxilio de la fiscalía correspondiente al territorio en que deban llevarse a cabo, de conformidad con lo establecido en el EOMF.*

En cuanto a los *actos de comunicación* (art. 141 ALECrím), nos encontramos ante la adaptación de las normas establecidas en los arts. 149 a 168 LEC respecto a las actuaciones judiciales, con la posibilidad de intervención de la policía judicial de conformidad con lo que le habilita esta ley o a petición del Ministerio Fiscal, según establece el art. 548 ALECrím, pero no se desarrolla cómo se llevarán a cabo dichos actos de comunicación (oficina fiscal).

Respecto a la potestad de imponer *sanciones procesales* en el desarrollo del proceso de investigación, el Anteproyecto distingue entre las que puede imponer el juez de garantías y las que son competencia del Ministerio Fiscal, partiendo del concepto de *policía de estrados*, entendida como «instrumento para hacer posible que el proceso cumpla su función y que las correcciones disciplinarias impuestas por los Jueces y Tribunales a los Abogados en el curso de un procedimiento (...) así como las resoluciones revisoras de las mismas no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías» (STC 157/1996, de 15 de octubre; y STS 205/1994, de 11 de julio).



En cuanto a las sanciones judiciales (art. 142 ALECrím), se aplican los criterios de las correcciones disciplinarias previstos en la LOPJ (arts. 552 a 557) y de respeto a la buena fe procesal de la LEC (art. 247). Deberán sujetarse, conforme el art. 142.3 ALECrím, a lo dispuesto en el EOMF cuando sea el/la fiscal quien presuntamente haya cometido una infracción.

Llama la atención el apartado 3 del art. 142 ALECrím, no tanto por la referencia al EOMF sino por su propia existencia. El propio precepto en su apartado 1 establece la previsión de que las correcciones disciplinarias y sanciones sean imputables «a alguna de las partes». Debe recordarse que el Ministerio Fiscal no es parte en el proceso, es el órgano constitucional encargado del procedimiento investigador.

El art. 143 ALECrím limita la posibilidad al Ministerio Fiscal de imponer sanciones a los casos expresamente previstos en el texto prelegislativo, pero con sujeción al procedimiento del art. 555 LOPJ y con la posibilidad de impugnación de la sanción impuesta mediante el oportuno recurso ante el juez de garantías. Entendemos que esta remisión al juez de garantías en la resolución adoptada por el Ministerio Fiscal no es acorde con la función que el Anteproyecto le atribuye a lo largo del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza de la sanción, que ha sido dictada en un proceso con todas las garantías y que, por lo tanto y en buena lógica, debe ser resuelta por un órgano superior de aquel que la dictó.

**§ 24.** A lo largo del **Capítulo II** del Título III (arts. 144 a 149) se regula la publicidad de las actuaciones en función de las diferentes fases del procedimiento.

En relación a la publicidad de las actuaciones la premisa es que únicamente las partes tienen acceso al procedimiento, con excepción de los supuestos en que se declare el secreto (arts. 578 a 582 ALECrím), que en todo caso deberá ser



acordado por el Ministerio Fiscal y confirmado o revocado por el juez de garantías.

La regulación de la publicidad de la fase de instrucción en la actualidad, derivada en parte del régimen establecido en los arts. 300 a 302 LECrim en relación con el art. 232 LOPJ, ha sido interpretada por el Protocolo de Comunicación del Ministerio de Justicia, según el cual «las Oficinas de Comunicación podrán facilitar, previa autorización del juez de instrucción, las resoluciones procesales dictadas por éste, distintas de las diligencias sumariales. Entre ellas, y sin ánimo de ser exhaustivos, figuran los autos de admisión o inadmisión a trámite, los que ordenan prisión provisional u otras medidas cautelares, los de estimación de pruebas, los autos de procesamiento o transformación en procedimiento abreviado y las resoluciones sobre recusaciones y recursos».

Pues bien, se hace necesaria la regulación de la publicidad en la fase de investigación teniendo en cuenta que el Anteproyecto atribuye al Ministerio Fiscal la dirección del procedimiento de investigación y, por lo tanto, la información que pudiera darse sobre su contenido corresponde en exclusiva al mismo. De esta manera, el texto prelegislativo regula el modo en que se puede transmitir la información a los medios de comunicación (art. 145), el contenido de la información que puede ser difundida (art. 146) y las sanciones que las revelaciones indebidas de la información pueden conllevar para quienes las llevan a cabo.

Entendemos positiva la regulación en relación con la forma en que debe llevarse a cabo la comunicación (art. 145 ALECrím), al atribuirse las funciones informativas en exclusiva al Ministerio Fiscal, a quien corresponderá determinar lo que deba entenderse *información imprescindible* que, además de a los elementos antes referenciados, podrá comprender otros datos como el número e identidad de las personas investigadas y/o detenidas, los motivos de su



investigación y/o detención, situación procesal acordada tras la toma de declaración, presuntos delitos por los que se sigue el procedimiento, número de testigos que han declarado, pruebas periciales realizadas, diligencias de investigación practicadas (número de entradas y registros, de comisiones rogatorias cursadas, etc.), conforme al protocolo antes citado.

Debe, sin embargo, recordarse que el EOMF ya atribuye en su art. 4.5 facultades al fiscal en esta materia, estableciendo que «el Ministerio Fiscal podrá informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados».

No obstante lo anterior, el Consejo Fiscal considera que el texto prelegislativo no debe concretar qué fiscal debe realizar las funciones de comunicación (art. 145.2 ALECrím: fiscal jefe o fiscal portavoz), pues ello implica una invasión en las funciones del Ministerio Fiscal. Se aconseja, por tanto, la supresión de esta previsión legal y su remisión al EOMF (fiscal u oficina de comunicación que determine la norma estatutaria).

Se establece asimismo la prohibición de que la policía judicial pueda difundir información sobre un procedimiento sin recabar previamente la autorización del Ministerio Fiscal, atribuyéndose el carácter *oficial* a la información proporcionada por el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la función de informar que deben llevar a cabo las fiscalías territoriales, se reproduce el modelo previsto en la conclusión segunda de la Instrucción 3/2005 de la FGE, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*, e igualmente el modelo actual de oficinas de prensa de la Fiscalía.



En materia de información judicial serán de aplicación los preceptos previstos en el art. 620 LOPJ (oficina de comunicación del CGPJ) y en los arts. 598.8 y 10 LOPJ (oficina de comunicación del TS), mientras que la de la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia se rige en virtud de los arts. 54.1.g) y 54.3 del Reglamento 1/2000 de los Órganos de Gobierno de los Tribunales y el protocolo de comunicación de la justicia del CGPJ de 2020.

Las condiciones de estricta igualdad en la información vienen recogidas en la norma de conducta sexta del Código Ético del Ministerio Fiscal de 2020, a través de la cual «los fiscales se comprometen a evitar, en su relación con los medios, cualquier trato de favor».

En cuanto al contenido de la información (art. 146 ALECrím), la Recomendación nº 8 del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), en su párrafo 38, ya establecía el régimen de relaciones entre los/as fiscales y los medios de comunicación, según el cual «los fiscales pueden dar informaciones a los medios de comunicación en todas las fases de sus actividades, pero respetando las disposiciones legales que rigen la protección de datos de carácter personal, la vida privada, la dignidad, la presunción de inocencia, las reglas deontológicas relativas a las relaciones con otros participantes en el procedimiento, así como las disposiciones legales que prohíben o limitan las condiciones de difusión de ciertas informaciones, no poniendo en riesgo la seguridad de las personas concernidas en investigaciones delicadas, tales como testigos o víctimas».

Esa idea se traslada al precepto antes citado que desarrolla el contenido de la información que se puede trasladar a los medios, destacando el carácter objetivo de la misma, ya que solo se pueden revelar hechos y datos pertinentes, en ningún caso valoraciones ni actos que no hayan sido comunicados a las partes o a los que no hayan podido tener acceso.



Se implantan normas especiales de protección de la identidad de las personas, no facilitándose la identidad de las partes del procedimiento (investigado, testigos, peritos, víctimas y cualquier interviniente en el procedimiento), con excepción del investigado en supuestos de prisión provisional o relevancia pública del asunto, y una especial protección para los menores y víctimas que derivan de la regulación que les afecta, y que suponen el traslado de lo establecido en los arts. 301 *bis* y 681.2 a) y b) LECrim, pero en este caso no son potestativas sino obligatorias («no se facilitará»). No obstante, debería darse entrada dentro del ámbito de protección especial a las personas con discapacidad y a las especialmente vulnerables.

Finalmente, estimamos adecuada la protección de la dignidad de la víctima o el carácter mínimamente imprescindible de la información en el supuesto del jurado, ya que como dice la Conclusión 73 del informe nº 4 del CCPE sobre jueces y fiscales en una sociedad democrática, «la cobertura mediática de asuntos que se hallan en fase de instrucción o de enjuiciamiento, puede constituir una injerencia y ejercer una influencia y una presión nefasta sobre los jueces, los ciudadanos integrantes del Tribunal del jurado y los fiscales encargados del caso».

El art. 147 ALECrím establece el régimen reservado del procedimiento de investigación y de las posibles revelaciones indebidas por alguna de las partes o por funcionario público. La actual normativa sobre el secreto de las actuaciones (arts. 300 a 302 LECrim) pasa a integrarse en los arts. 578 a 582 ALECrím. Entendemos que la regulación es insuficiente ya que deriva el incumplimiento del deber de reserva en materia disciplinaria establecida en su estatuto profesional en el caso de abogados y procuradores, olvidándose de las previsiones establecidas en el art. 466.1 CP. Del mismo modo, no se aclara cuando se refiere al término «otras personas» a qué estatuto profesional se debe remitir la eventual responsabilidad; finalmente, en el supuesto de funcionarios públicos, se remite a la responsabilidad penal y no se contempla



como en el actual art. 301 LECrim un régimen de sanciones económicas, por lo que la infracción de este deber de reserva queda al margen de la posibilidad de imposición de sanciones por parte del juez o del Ministerio Fiscal, y en todo caso de su control, al ser una actuación que únicamente se circunscribe al ámbito del régimen disciplinario de abogados y procuradores. En segundo lugar, no se establece ninguna medida que impida la prohibición de revelación de información relativa a la fase de investigación al resto de las partes del procedimiento y personas que intervienen en el mismo, teniendo en cuenta el carácter reservado de las diligencias de investigación y sobre todo los principios que antes se han citado en relación con la información que es objeto del procedimiento, tanto la relativa a los investigados como a las víctimas. Por todo ello, se sugiere que se ofrezca una nueva redacción a los apartados 2 y 3 del art. 147 ALECrím en los términos apuntados *supra*.

Frente a la regulación unitaria de la LECrim (arts. 680 a 682), el Anteproyecto establece en dos apartados distintos el régimen de publicidad del juicio oral. Por un lado, el apartado primero del art. 148 ALECrím instituye la publicidad de los debates del juicio bajo pena de nulidad, con las excepciones expresamente previstas en el mismo precepto, mientras que el art. 650 ALECrím regula la celebración del juicio a puerta cerrada, lo que puede generar problemas de remisión de uno a otro en cuanto a su aplicación, cuya solución podría pasar por integrar en el primer precepto art. 148 ALECrím la regulación prevista en el segundo sobre la celebración del juicio oral a puerta cerrada.

Por otro lado, el segundo y tercer apartado del art. 148 ALECrím regula el régimen de grabación y difusión de las actuaciones, añadiendo la posibilidad de regular la toma de señal única de carácter oficial que emita el desarrollo de la celebración del juicio. Llama la atención que se modula la facultad del juez de *prohibir* la grabación (art. 682 LECrim) al entenderse englobada en la facultad del tribunal prevista en el párrafo segundo del art. 148 ALECrím de *regular* las



condiciones en que se permita a los medios de comunicación acceder a las sesiones del juicio.

El art. 149 ALECrim establece normas específicas en relación con las reglas generales sobre el acceso al contenido de las sentencias (arts. 235 *bis* y *ter* y 266 LOPJ). Las únicas novedades se establecen en los apartados segundo y tercero al permitir la difusión de la sentencia atendida la transcendencia pública del proceso, ya sea a través de la oficina de comunicación o mediante audiencia pública, o en los supuestos justificados de difusión pública en caso de sentencia absolutoria firme.

Debería hacerse constar en la regulación el carácter supletorio de la LOPJ ya que en todo caso el acceso a las sentencias, según el art. 235 *bis* LOPJ, solo podrá llevarse a cabo «previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda».

**§ 25.** El **Capítulo III** regula la «documentación de las actuaciones». La lectura de los arts. 150 a 152 ALECrim que integran este capítulo provoca bastantes dudas en relación al modo en que deben documentarse las actuaciones del procedimiento de investigación. La exposición de motivos intenta aclarar esas dudas al señalar que es el Ministerio Fiscal quien, una vez recibida la denuncia y tras dictar un decreto, dará traslado al letrado de la administración de justicia del procedimiento de investigación, y que este último, conforme a las reglas de reparto preestablecidas, lo pondrá en conocimiento del magistrado de la sección de investigación que debe asumir la función de juez de garantías, dejando en todo momento el procedimiento a disposición del fiscal director de la investigación y puntualmente del juez de garantías cada vez que deba pronunciarse, dando acceso modulado a las partes.



Sin embargo, el anuncio señalado *supra* no tiene reflejo en el articulado del Anteproyecto (con excepción de la genérica remisión en el art. 140 ALECrím a las disposiciones sobre régimen de actuaciones y de los actos de comunicación de la LOPJ y LEC), que se limita a hablar de la gestión de la documentación, de los soportes informáticos y de las transcripciones, y plantea varias dudas que deben resolverse ya que en ningún momento se hace referencia a la posibilidad de que exista un expediente electrónico judicial o fiscal, con excepción de la mención a la existencia de los particulares de un expediente electrónico allí donde se hubiera implantado (art. 629.4 ALECrím).

El art. 150 ALECrím determina el régimen de custodia del procedimiento de investigación pero desconocemos cómo debe catalogarse, si como expediente de investigación del Ministerio Fiscal bajo la custodia del letrado de la administración de justicia del servicio común procesal que corresponda, como expediente judicial en los mismos términos que los actuales a los que son de aplicación el art. 230 LOPJ, o como expediente de los previstos en los arts. 2, 6, 16 y 30 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

Lo único que queda claro del mencionado expediente es cuál debe ser su contenido, que se cumplimentará con los decretos del fiscal y los escritos de las partes, los actos del procedimiento y diligencias, las actas del procedimiento de investigación, las actuaciones que requieran la intervención del letrado de la administración de justicia para dar fe (arts. 452 a 462 LOPJ), las certificaciones o testimonios de las actuaciones declaradas secretas y los originales de las diligencias de investigación.

Asimismo, los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 150 ALECrím (erróneamente se repite el número 2 y afecta al orden de los apartados) sitúan al letrado de la administración de justicia como receptor de las diligencias de investigación llevadas por el Ministerio Fiscal, como el custodio del



procedimiento que únicamente pone a disposición del juez de garantías los particulares que resulten necesarios para adoptar una solicitud presentada por el Ministerio Fiscal y las partes, y como órgano que tiene la función de dar copia auténtica en el supuesto de aseguramiento de prueba.

Para ahondar en el problema, desconocemos si el Ministerio Fiscal dispone de su propia oficina fiscal para la realización de las actuaciones que le permite el Anteproyecto (arts. 140 y ss.) o si, por el contrario, tales actos son realizados por una oficina judicial.

Pero quizás lo más grave es la indefinición de la relación que se establece entre el letrado de la administración de justicia y el Ministerio Fiscal, que puede afectar a temas tan importantes como las peticiones del fiscal dirigidas al juez de garantías y la dación de cuentas que debería hacer el letrado de la administración de justicia al fiscal de modo semejante a lo previsto en el art. 452.2 LOPJ, por lo que debería modificarse bien el art. 452.2 LOPJ para incluir a los fiscales en su redacción, bien el art. 150.2 ALECrím para incluir esa dación de cuenta o establecer una cierta dependencia funcional entre el letrado y el/la fiscal.

La inconcreción del precepto respecto a la gestión de los documentos de investigación conlleva que el art. 151 ALECrím prevea que el procedimiento de investigación contenga documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, que gozarán de validez y eficacia siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, y prevé el uso de medios y técnicas de documentación electrónicos, informáticos y telemáticos para la gestión del procedimiento.

Si observamos todo el articulado del Anteproyecto, se aprecia que si bien en algunos preceptos se prevé la posibilidad de utilizar documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, nada se dice de cómo todos



ellos deben conformar un expediente electrónico. A su vez existen numerosas referencias a la confección de actas, con posibilidad de utilizar soportes audiovisuales complementarios del acta.

Esa regulación debe ser objeto de desarrollo normativo, ya sea dentro del propio texto prelegislativo, o bien mediante la supletoriedad de un código procesal electrónico, pero no es viable en modo alguno con la actual regulación de la LOPJ y la Ley 18/2011, de 5 de julio, *reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia* (en adelante LUTICAJ) y con la existencia de diversos sistemas de gestión procesal que no son compatibles entre sí, mientras no se defina conceptualmente el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal.

La garantía de autenticidad, integridad y conservación se rige por el art. 230 LOPJ y las normas de la LUTICAJ, o a través del desarrollo reglamentario, y nada se dice del concepto de expediente judicial electrónico. Basta ver los arts. 26 a 29 LUTICAJ que citan la existencia del expediente judicial electrónico, o su disposición adicional 9ª que determina la aplicación de la norma al Ministerio Fiscal cuando establece que «las referencias contenidas en el texto y articulado de la presente Ley a las oficinas judiciales, actividad judicial, juzgados y tribunales, sede judicial electrónica, órganos judiciales, expediente judicial electrónico, documento judicial electrónico, registro judicial electrónico y procedimiento judicial, serán de aplicación equivalente y se entenderán referidas igualmente a las oficinas fiscales, actividad fiscal, fiscalías, sedes fiscales electrónicas, expedientes fiscales electrónicos, registros fiscales electrónicos y procedimientos de cualquier tipo que se realicen y tramiten por el Ministerio Fiscal».

Es más, nos debemos preguntar cómo se va a adecuar la actual estructura de sistemas de gestión informática al expediente del procedimiento de investigación y sobre todo la integración de las diligencias de investigación del



Ministerio Fiscal que pasan a hallarse bajo la custodia del letrado de la administración de justicia en un procedimiento que se integra en un expediente judicial cuando en la actual regulación las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no salen del ámbito de sus aplicaciones de gestión, ya sean estatales o autonómicas. Por ello, se sugiere que se dé una nueva redacción al art. 151 ALECrím.

El art. 152 ALECrím («garantía de transcripción») permite en cualquier fase del procedimiento tanto al Ministerio Fiscal como al juez o tribunal ordenar la transcripción íntegra y literal del contenido de las vistas, declaraciones, audiencias y actos de carácter oral registrados en soporte audiovisual, aunque la norma procesal establece la posibilidad de su utilización en el art. 321.3 (declaración del investigado), el art. 468.5 (declaraciones testificales) o el art. 468 (exploración del menor), entre otras.

La literalidad del precepto plantea diversos problemas. En primer lugar, no especifica quién debe realizar la transcripción de los actos de carácter oral registrados en soporte audiovisual. Si de conformidad con el art. 150 ALECrím la custodia del procedimiento corresponde al letrado de la administración de justicia, igualmente le debería corresponder garantizar la transcripción fidedigna de las actuaciones, pues el art. 453.1 LOPJ le atribuye «con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del letrado de la administración de justicia, en los términos previstos en la Ley. En todo caso, el letrado de la administración de justicia garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido».



En segundo lugar, la transcripción se torna ahora en obligatoria si lo solicitan las partes o se acuerda de oficio, conforme a la reforma introducida por la LO 4/2018, de 28 de diciembre, *de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que modificó el art. 230.3 LOPJ, al añadir al precepto la posibilidad de transcripción «en los casos expresamente previstos en la ley».

En tercer lugar, nada indica el precepto sobre los medios técnicos que deben emplearse para realizar dicha transcripción literal e íntegra mencionada. Es evidente que la regulación actual de la fase de juicio oral no plantea problemas en relación con la posibilidad de su grabación (art. 691 ALECrim), haciendo descansar sobre el letrado de la administración de justicia la función de fe pública judicial mediante la firma del acta, por lo que no se explican las razones por las que las diligencias practicadas en el procedimiento de investigación no gocen del mismo régimen que las del acto del juicio oral a la vista de la redacción del art. 152 ALECrim.

En cuarto lugar, nada se dice sobre la posibilidad de utilizar medios técnicos que permitan la *textualización* o transcripción de las diligencias llevadas a cabo en el procedimiento de investigación para que puedan ser adverbados e integrados con total garantía en el procedimiento.

Finalmente, nos encontramos ante un sistema diseñado por la LUTICAJ altamente integrado de utilización de la tecnología en la administración de justicia, que preconiza, entre otros, el uso obligatorio de medios e instrumentos electrónicos (art. 8), la existencia de una sede judicial electrónica (art. 9), la admisión de medios de identificación y autenticación electrónicos (art. 14) y que menciona la existencia de un expediente judicial electrónico (art. 29), sin que tenga reflejo en el presente Anteproyecto.



Por ello, este precepto (art. 150 ALECrím) debe modificarse haciendo referencia a las normas que regulan la documentación de las actuaciones, sin perjuicio de la necesaria adaptación de la LOPJ y la LUTICAJ.

**§ 26.** Las novedades del **Capítulo IV** del Título III («los gastos y costas procesales») consisten en la introducción del término *gastos* junto al de *costas* y en la modificación de su contenido.

En nada varían los criterios para su imposición establecidos en el art. 153 ALECrím, que son los mismos del actual art. 240 LECrím, ni básicamente el contenido y la regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 154 ALECrím). Se difiere su ejecución al procedimiento regulado en el art. 978 ALECrím con aplicación subsidiaria de la LEC, aunque se debería definir su contenido, tal y como hacía el art. 141 PCPP de 2013.

**§ 27.** El **Capítulo V** regula en dos secciones «la forma y los efectos de las resoluciones».

En relación con el Ministerio Fiscal el art. 155 ALECrím establece dos tipos de resoluciones: i) las *diligencias*, que sirven para dar curso al procedimiento, reflejar hechos o actos con trascendencia y comunicar con partes y terceros; y ii) los *decretos*, que establecen el inicio o fin del procedimiento (arts. 550 y 586 ALECrím), la imposición de una sanción (art. 143 ALECrím), o disponen una decisión razonada o motivada. Los decretos deben ser siempre motivados y deben indicar su carácter firme o, en su caso, la posibilidad de ser recurridos y el órgano para ello competente. Debería hacerse mención igualmente a lo establecido en el art. 156.2 ALECrím sobre el deber de consignar el lugar, la fecha y el nombre y firma del fiscal que los dicte.

Las resoluciones de los letrados de la administración de justicia (art. 156 ALECrím) adoptan la denominación de: i) *diligencias*, cuando tienen finalidad



de ordenación (dar curso a los autos) o de constancia, comunicación o ejecución en función de la trascendencia procesal; y ii) *decretos*, cuando sea precisa una mínima motivación. El Anteproyecto introduce la recurribilidad de los decretos conforme a la doctrina asentada por el STC 179/2020, de 14 de diciembre, «por entender que la ausencia de revisión por un juez o tribunal de algunas de las decisiones que, tras la implantación de la nueva oficina judicial, recaen en exclusiva en los secretarios judiciales (denominados actualmente letrados de la administración de justicia), lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE)».

Habida cuenta de las distintas funciones de fiscales y letrados de la Administración de justicia, consideramos que las resoluciones emitidas por ambos no pueden tener idéntica denominación. Diferenciar por el nombre estas resoluciones respetará la diversa naturaleza de unas y otras y evitará confusiones.

Finalmente, el art. 157 ALECrim regula las resoluciones judiciales, bajo la tradicional denominación de providencias, autos, sentencias y ejecutorias (arts. 245 LOPJ y 141 LECrim). Debe destacarse la regulación de los autos que amplían su ámbito objetivo a la decisión de cualquier medida cautelar (real o personal), mientras desaparecen las menciones de su utilización en los supuestos de competencia, recusación y abstención. No se hace referencia alguna al concepto de sentencia firme, que aparece regulada en el art. 890 ALECrim.

El Anteproyecto regula expresamente las resoluciones con efecto de cosa juzgada en su art. 158 y lo atribuye en todo caso a los autos de sobreseimiento firmes, con independencia de la causa y el momento en que se dicten, así como a las sentencias, con distintos efectos para las absolutorias contra las que no cabe revisión, mientras que para las sentencias condenatorias se prevé



el denominado juicio de revisión en los supuestos tasados previstos en el art. 760 ALECrim.

Para concretar los motivos de sobreseimiento debemos remitirnos al art. 622.1 ALECrim que introduce varios de los ya previstos en la actual legislación, y en su apartado segundo añade otros nuevos como la falta de fundamentación de la acusación y la dilación en la primera comparecencia que cause un perjuicio irreparable para la defensa.

De ello se desprende que no puede atribuirse este efecto de cosa juzgada a los supuestos tradicionalmente incluidos en el sobreseimiento provisional [art. 586.2 d) y e) en relación con el art. 590 ALECrim] que permitiría la reapertura del procedimiento de investigación. Es por ello que no parece en absoluto razonable atribuir cosa juzgada material al sobreseimiento acordado por insuficiente fundamentación de la acusación (art. 622.2 ALECrim), supuesto homologable al actual instituto del sobreseimiento provisional como consecuencia de la insuficiencia de elementos fácticos y probatorios.

Igualmente, no consideramos proporcional atribuir efecto de cosa juzgada al sobreseimiento por dilación en la primera comparecencia (art. 622.2) cuando el propio Anteproyecto admite la posibilidad, menos lesiva para el derecho a la tutela judicial efectiva, de sancionar con la nulidad los actos de investigación realizados sin previo traslado de cargos. Como recuerda la STC 32/1999, de 8 de marzo, «la Constitución no impone un principio de celeridad y urgencia en las actuaciones judiciales al precio de ignorar los derechos de las partes, sino que, al contrario, pretende asegurar un equilibrio entre la duración temporal del proceso y las garantías de las partes, pues tan perjudicial es que un proceso experimente retrasos injustificados como que se desarrolle precipitadamente con menoscabo de las garantías individuales».



Por todo ello, el Consejo Fiscal interesa la modificación del art. 158 ALECrím en el sentido anteriormente apuntado.

**§ 28.** El último capítulo del Título III (**Capítulo VI**) contiene unas «reglas generales sobre la práctica de la prueba en el proceso penal». Los preceptos que integran este capítulo establecen las reglas que determinan el objeto y necesidad de la prueba (art. 160), su impertinencia e inutilidad (art. 161), el modo de llevar a cabo su práctica (art. 162) y las razones que llevan a realizar el aseguramiento de la prueba y la prueba anticipada (art. 163).

El art. 161 ALECrím supone introducir en el procedimiento los criterios que han sido reiterados por la jurisprudencia; en este sentido la STS 38/2019, de 30 de enero, señala que «[e]ste derecho [derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa] no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad de las pruebas solicitadas», y la STS 710/2020, de 18 de diciembre, que versa sobre la utilidad de la prueba, dispone que «[l]a relevancia -entendida como pertinencia- debe atender a si el hecho sobre el que versa el medio de prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho punible o a un hecho defensivo. Pero no puede obviarse que dicho juicio de relevancia, cuando se trata de decidir sobre la admisión de la prueba propuesta, se basa en una anticipación hipotética sobre el hecho que solo sirve para excluir ex ante las pruebas irrelevantes, esto es aquellas cuyo objeto recae sobre hechos no relacionados con el objeto del proceso o sobre hechos *insignificativos*».

En cuanto al *modo* de práctica de la prueba, el Anteproyecto prevé que, dada la función que desarrolla el juez a lo largo de la fase de enjuiciamiento, la iniciativa y proposición de prueba corresponde en exclusiva a las partes,



conforme a lo dispuesto en los arts. 162 y 656.1 ALECrím, ya que en el acto del juicio oral la norma solo concede al juez la posibilidad de practicar las pruebas previstas en el art. 656.2 ALECrím o ciertas actuaciones en el ámbito de la declaración de los testigos (art. 673.1 ALECrím) y peritos (art. 677.1 ALECrím).

Finalmente, el Anteproyecto establece reglas especiales para el aseguramiento de fuentes de prueba (art. 591) y la práctica de prueba anticipada (art. 641) como reflejo de su reconocimiento general previsto en el art. 163 ALECrím.

**§ 29.** Las formas especiales de terminación del procedimiento penal aparecen reguladas en el **Título IV** del Libro I ALECrím, que comprende los arts. 164 a 185, divididos en tres capítulos —la terminación por conformidad, por razones de oportunidad y la justicia restaurativa—.

Debe principiarse el Consejo Fiscal cuestionando la propia denominación de «formas especiales». Según la RAE, en su primera acepción, el vocablo *especial* se traduce como «singular o particular, que se diferencia de lo común o general». Nada de extraordinario o fuera de lo común concurren en estas formas de terminación del procedimiento, especialmente la conformidad, instituto procesal muy arraigado en nuestra cultura jurídica y de profusa aplicación práctica.

Puede pensarse que las formas especiales son aquellas en las que el proceso penal no termina por sentencia, lo que implica tener por tales la finalización por aplicación del principio de oportunidad en las dos formas previstas.

Por ello, se sugiere un cambio de la rúbrica del Título IV por «Las formas alternativas de terminación del proceso penal», así como la regulación separada de la conformidad y la aplicación del principio de oportunidad.



El principio de legalidad se configura como uno de los principios básicos del Estado de derecho en cuanto límite a la discrecionalidad de los poderes públicos y máxima garantía de los derechos y libertades de la ciudadanía.

En ocasiones la aplicación estricta del derecho puede conllevar respuestas que colisionan con la justicia material. Una fórmula para tratar de aproximar la respuesta dada al caso concreto con el concepto de justicia material radica en el principio de oportunidad. Al mismo tiempo este principio de oportunidad puede coadyuvar a resolver otro de los problemas acuciantes de la justicia penal: la lentitud de la respuesta y el colapso de los tribunales, inconvenientes estos que inciden en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrados en el art. 24 CE y en el art. 6 CEDH.

El incremento de la criminalidad o, mejor dicho, del ámbito de lo punible colisiona con la escasez de recursos existentes para poder dar una respuesta pronta y respetuosa con los derechos fundamentales. Una de las posibles soluciones que se plantean es la despenalización de conductas, solución, por otro lado, que encierra dificultades de todo tipo (colapso de otros órganos o razones de política criminal). Por ello, una solución práctica estriba en la regulación del principio de oportunidad en el proceso penal.

El Anteproyecto regula como formas especiales de terminación del procedimiento penal la conformidad, el principio de oportunidad y la justicia restaurativa, configurándolas como manifestaciones del principio de oportunidad en el sentido amplio del término.

**§ 30.** El **Capítulo I** del Título IV («la terminación por conformidad») se encuentra dividido en dos secciones: la primera establece unas disposiciones generales y la segunda regula el procedimiento.



Una de las grandes novedades introducidas en el Anteproyecto radica en la ausencia de límites punitivos a la hora de poder acudir a este procedimiento (art. 164 ALECrím). Esto es, se podrá acudir a la terminación por conformidad con independencia del delito objeto del procedimiento. Esta previsión se valora positivamente puesto que permitiría agilizar la tramitación procesal sin necesidad de acudir a conformidades solapadas.

La conformidad, según el art. 165 ALECrím, exige el consentimiento libremente prestado por la persona encausada, lo que conlleva —para poder afirmar que se trata de un consentimiento libremente prestado— que sea conocedora de las consecuencias aparejadas al mismo. Este es el motivo por el que se excluyen, en el apartado segundo del precepto los supuestos en los que, por razón de enfermedad, coacción, amenaza o cualquier otra circunstancia semejante, no puede ser prestado el consentimiento. La previsión contenida en este apartado segundo pretende concretar el concepto de «consentimiento libremente prestado», si bien introduce una cláusula abierta («cualquier otra circunstancia semejante») que amplía tanto la concreción pretendida que resulta redundante. Es evidente que el único *consentimiento* que puede surtir efecto en el procedimiento es el prestado desde la libertad, la plena capacidad de la persona acusada y el conocimiento de sus consecuencias. Sin embargo, es necesario que conste expresamente que las personas con alguna discapacidad, a las que se les hayan facilitado todos los recursos para el complemento a su capacidad con los ajustes necesarios, puedan prestar su consentimiento de forma válida. Es importante indicarlo expresamente pues al regular el incidente para determinar las medidas de apoyo que deben introducirse en un procedimiento para adecuarlo a las características de una persona con discapacidad, el Anteproyecto prevé la posibilidad de que se excluya la conformidad, lo que parece conducir a una generalización de dicha prohibición. Si a ello se le une esta mención al consentimiento válido al regular la conformidad, es importante distinguir que no habrá consentimiento válido



cuando la persona, pese a contar con los apoyos necesarios, no se encuentra en dichas condiciones.

Así, bien de forma positiva en el primer inciso del artículo (*el consentimiento prestado por la persona encausada con los apoyos necesarios para dar su consentimiento*), bien realizando la oportuna salvedad en el segundo (*la persona encausada, pese a haber dispuesto de los apoyos necesarios, no esté en condiciones de prestar un consentimiento válido*), debe contemplarse expresamente la posibilidad de que el/la encausado/a con alguna discapacidad pueda adoptar esta importante decisión de prestar su conformidad.

Para fortalecer las garantías de la persona encausada en el procedimiento penal y asegurar que el consentimiento prestado sea válido, el art. 166 ALECrim establece la obligación del letrado de la defensa de informar detalladamente a su cliente de los términos de la conformidad y de las consecuencias de la misma y, en aquellos supuestos en los que la pena acordada exceda de cinco años, esta información deberá ser facilitada por escrito. Por ello, esta previsión se valora favorablemente.

Cuando exista una pluralidad de personas encausadas por un mismo hecho punible o por hechos conexos (art. 167 ALECrim) solo se admitirá la conformidad si es aceptada por todos ellos, admitiéndose únicamente la posibilidad de excluir del acuerdo a la persona jurídica encausada, en cuyo caso «la valoración de las declaraciones testimoniales que se realicen en el juicio oral por las personas físicas que hayan sido condenadas mediante sentencia de conformidad se realizará conforme a la regla establecida para la declaración de los coacusados en el artículo 693.3.a) de esta ley».

Respecto a la responsabilidad civil, el art. 168 ALECim permite que la sentencia de conformidad incluya los acuerdos relativos a ella y, en el supuesto de que la misma haya quedado excluida del acuerdo, se entenderá que la



acción civil ha sido reservada para ejercitarse en la jurisdicción correspondiente. Por un lado, esta previsión agiliza el procedimiento penal al no obligar la celebración del juicio oral sobre este extremo, pero implica que el perjudicado/ofendido deba acudir a la vía civil, lo que parece contradecir el espíritu de la norma al permitir el ejercicio conjunto de ambas acciones y de evitar victimizaciones secundarias. Además, debería reformarse la regulación de los actos con eficacia interruptiva de la prescripción para garantizar que la acción civil no haya prescrito durante la fase de investigación del hecho delictivo.

La competencia para conocer del procedimiento de conformidad recae en la sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido, constituido con un solo magistrado que se denominará *juez de la conformidad*; se atribuye la competencia para la ejecución de la sentencia al órgano competente para el enjuiciamiento según las reglas generales. La competencia así asignada se entiende sin perjuicio de la que le corresponde al juez de guardia en el procedimiento de enjuiciamiento urgente (art. 169 ALECrím).

En el caso de que exista acuerdo, el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas, según dispone el art. 170 ALECrím, presentarán escrito conjunto, que además irá firmado por la persona encausada, ante el letrado de la administración de justicia, solicitando el dictado de una sentencia de conformidad con los acuerdos alcanzados. Aunque la víctima no esté personada en la causa, por coherencia con lo establecido en los arts. 105 y 106 ALECrím, debería darse audiencia a la misma.

El apartado tercero del art. 170 ALECrím, al regular el contenido del escrito conjunto, se remite a la regulación del art. 605 ALECrím.



Asimismo, se admite la posibilidad de que los acuerdos alcancen la aplicación del beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad, en cuyo caso deberá indicarse expresamente en el escrito conjunto.

La terminación por conformidad lleva aparejada, como beneficio para la persona encausada e incentivo para alcanzar los acuerdos, la posibilidad de que el fiscal solicite la imposición de una pena inferior en grado a la legalmente prevista.

Este incentivo se ve reforzado con el establecimiento de un plazo preclusivo para la conformidad (art. 171 ALECrím), no siendo posible y, por tanto, no admitiéndose la rebaja en grado de la pena legalmente impuesta transcurridos veinte días desde la notificación a la defensa del auto de apertura de juicio oral. Se valora positivamente el establecimiento de un plazo preclusivo, si bien se considera que debiera admitirse la posibilidad de poder alcanzar conformidades sin la rebaja en grado de la pena con posterioridad, toda vez que en la práctica son frecuentes, lo que evitaría nuevamente las conformidades encubiertas. El plazo de veinte días se antoja insuficiente. Piénsese en la simple dinámica de presentar un escrito conjunto firmado electrónicamente que exige que el/la fiscal envíe por correo electrónico al abogado el escrito para su firma electrónica, este lo devuelva, lo firme el/la fiscal y lo presente a través del sistema que se emplee. Además, en muchas ocasiones la conformidad requiere de actos de la parte (pago de la responsabilidad civil, acreditación de sumisión a tratamiento, etc.) que hacen que el plazo de veinte días resulte insuficiente. Además de que el plazo debiera ser mayor en todo caso, también sería conveniente la introducción de la posibilidad de solicitar la ampliación del plazo, toda vez que en no pocas ocasiones la complejidad de la conformidad con unas negociaciones que pueden ser laboriosas, hace que sea necesaria una ampliación extraordinaria del plazo con la comunicación de estar las partes en proceso de negociación.



Igualmente, se debería tasar en términos más precisos el beneficio que comporta la conformidad, pudiendo diferenciarse el momento procesal en el que esta tiene lugar.

Una vez registrado el escrito conjunto, el letrado de la Administración de justicia lo turnará al juez de la conformidad que corresponda, quien deberá comprobar la legalidad de los términos de la solicitud y velar por la debida reparación de la víctima, pudiendo rechazar sin más trámite la solicitud si los términos de la conformidad no se ajustan a la legalidad o si no se encuentra suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima.

Al margen de la indeterminación que supone la expresión «si no se encuentra suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima», cabe traer a colación lo dispuesto en el art. 3.10 EOMF en el que se establece como una de las misiones del Ministerio Fiscal la de «velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas».

Al mismo tiempo, esta previsión («salvaguardar la reparación de la víctima») parece entrar en contradicción con la posibilidad establecida en el art. 168 ALECrim de excluir del acuerdo de conformidad la responsabilidad civil, reservando su ejercicio ante la jurisdicción correspondiente.

De no existir obstáculo para la conformidad, el juez convocará a la persona encausada y a su letrado a una comparecencia para que ratifique personalmente el acuerdo alcanzado. Sin embargo, si la pena aceptada es superior a cinco años de prisión, el apartado tercero del art. 172 ALECrim establece que «oirá a todas las partes acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos». Es decir, en el segundo supuesto sí que debería ser citado el Ministerio Fiscal.



Al respecto cabe señalar que la conformidad diseñada en los arts. 164 y ss. ALECrím no solo exige el previo reconocimiento de hechos por parte de la persona investigada; exige la aceptación expresa tanto del investigado como de su defensa (doble garantía) de los hechos punibles, su calificación jurídica y la pena, así como que el consentimiento sea libremente prestado y con pleno conocimiento de sus consecuencias. El juez no entra a valorar el fondo más allá de comprobar el respeto a la legalidad de los términos del acuerdo en cuanto a la calificación jurídica y pena (art. 172.1 ALECrím), por lo que no resulta procedente esa exigencia respecto de otros indicios racionales de criminalidad para poder homologar el acuerdo. Si el diseño del Anteproyecto supone, en términos generales, la carencia de validez de la actuación en fase de investigación, en este momento procesal lo que se plantea es que adquieran eficacia para fundamentar la condena.

Asimismo, tal previsión (art. 172.3 ALECrím) parece contradecir el espíritu de lo dispuesto en el art. 322.3 ALECrím: «la confesión de la persona investigada, salvo que se formule solicitud de que se dicte sentencia de conformidad de acuerdo con lo establecido en esta ley, no dispensará de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación en él de la persona investigada». En definitiva, no queda claro en qué puede consistir esta audiencia sobre indicios adicionales, ni tampoco la finalidad de la misma. Pudiera pensarse que se encomienda al juez de la conformidad una labor prospectiva sobre el valor del material probatorio para evitar situaciones de indefensión, pero ello resulta contrario tanto al principio de objetividad e imparcialidad que guía la actuación del Ministerio Fiscal como cuestionable desde el punto de vista de la diligencia del letrado defensor. Además, el juez de la conformidad estaría de facto entrando en la valoración de una prueba que aún no se ha practicado, lo que a su vez sería contrario con el principio de que lo actuado en la fase de investigación, salvo excepciones, carece de valor probatorio.



El art. 172.4 ALECrím debiera prever expresamente que la resolución judicial que desestima la conformidad se motivará en cuanto a los requisitos no concurrentes, indicando la posibilidad de interponer recurso, pues las partes pueden considerar oportuno discutir esa decisión judicial atendiendo al perjuicio que soportan sobre el privilegio penológico que les puede otorgar la conformidad.

Homologado el acuerdo, conforme al art. 173 ALECrím, el juez dictará *sentencia de estricta conformidad* que únicamente será recurrible cuando no haya respetado los requisitos o términos de la misma. Si la sentencia dictada solo es recurrible en el caso de que no se respeten los requisitos o términos de esta, la expresión «sentencia de estricta conformidad» resulta redundante, bastando la expresión *sentencia de conformidad*.

**§ 31.** El **Capítulo II** del Título IV regula «la terminación por razones de oportunidad» (arts. 174 a 180).

Con carácter previo al análisis del articulado, se debe hacer una breve referencia a la exposición de motivos en esta materia, cuando señala que «[e]n definitiva, con la regulación de los distintos supuestos de oportunidad se quiere acabar con una realidad práctica en la que esta institución es sistemáticamente aplicada bajo la cobertura de otras figuras procesales que nada tienen que ver con su finalidad. Se pretende, por tanto, sustituir la actual situación de recurso solapado y encubierto a las soluciones de oportunidad por un régimen jurídico completo, que explicita los casos en que puede acudir a esta solución alternativa, los requisitos necesarios para ello y los límites legales que en ningún caso pueden franquearse y que están sujetos a control judicial».

La normativa internacional contiene numerosas normas alentando la aplicación del principio de oportunidad. Así, la Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocida como las



*Reglas de Tokio*, ya recomendaba en su art. 5.1 que «cuando sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, fiscalía u otros organismos que se ocupen de los asuntos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde la retirada de la acusación o las actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia, el Fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de libertad, según corresponda».

En el mismo sentido, el art. 18 de las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales en el ámbito penal, incide en que los/as fiscales deberán tener la posibilidad «de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de asuntos que pasan a la vía judicial, no solamente para aliviar la carga excesiva de los Tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión».

En el ámbito de la justicia juvenil, la Recomendación del Consejo de Europa núm. R (87) 18, adoptada el 17 de septiembre de 1987, también advierte de la conveniencia de que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal sea adoptado en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y de la posibilidad de crear vías alternativas que permitan la desviación del proceso del acusado, posibilitando que el Ministerio Público pueda renunciar a la iniciación de un procedimiento o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad. En este sentido, el Consejo recomienda que dichas medidas se



contemplan en la ley, partiendo de las bases generales del interés público, del principio de igualdad de todos ante la ley y de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que deba imponerse; los efectos de esta condena sobre el sujeto pasivo y la situación de la víctima.

El Anteproyecto opta por un principio de oportunidad tasado o reglado, siguiendo con el modelo que ya se introdujo en el procedimiento por delitos leves mediante la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, en virtud del cual el/la fiscal podrá aplicar el principio de oportunidad cuando concurren los requisitos establecidos en la ley.

El art. 174 ALECrim establece las reglas generales de todas las modalidades de terminación por razones de oportunidad que se regulan a continuación. Se establece en el mencionado precepto el presupuesto que debe regir la aplicación, en cualquier supuesto de los regulados, del principio de oportunidad, a saber: «cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento».

La apreciación de las causas que permiten la aplicación del principio de oportunidad corresponde al Ministerio Fiscal, exclusivamente, sin que la persona encausada tenga derecho a instar la conclusión del procedimiento por razones de oportunidad. Por ello, el Fiscal General del Estado dictará las Circulares e Instrucciones generales para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de esa facultad y el pleno respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal, al tiempo que evitará la quiebra del principio de seguridad jurídica.



Como se ponía de manifiesto anteriormente, al tratarse de un principio de oportunidad tasado, los elementos reglados del mismo estarán sujetos a control judicial. La aplicación del principio de oportunidad implica que no se acuse pudiendo hacerlo.

El Anteproyecto regula el archivo, total o parcial, por razones de oportunidad en su art. 175 para los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años. Los requisitos exigidos para poder acudir a esta figura son:

1º. Que la incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo.

En relación con el transcurso del tiempo no se aclaran cuáles son las referencias a tener en cuenta, si desde la comisión del hecho o algún otro momento, siendo necesario concretar al menor el momento inicial.

Respecto de las circunstancias en las que la infracción se produjo, debe entenderse que solo se refiere a circunstancias objetivas, pues las personales del autor vienen recogidas en el apartado siguiente. En este sentido, se sugiere la utilización del término «menor entidad del hecho», de mayor implantación en nuestra tradición jurídica.

La mínima afectación sobre los bienes jurídicos protegidos se vincula, por tanto, bien al transcurso del tiempo, bien a las circunstancias de la comisión del ilícito.

2º. Que pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.



Se utilizan conceptos jurídicos indeterminados, como *culpabilidad mínima* y *utilidad pública* que deberán ser interpretados por la jurisprudencia.

El concepto de *culpabilidad mínima* del responsable parece vincularse a la graduación de la pena, esto es, que la posible pena se establezca en su grado mínimo.

En relación al concepto de *utilidad pública* se considera más acertada la referencia a la no consecución de los fines de la pena, especialmente la resocialización.

3º. Que la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena. Requisito que recuerda al concepto alemán de *pena natural* desarrollado por la doctrina alemana. Debería sustituirse el concepto de «autor» por el de «responsable» en consonancia con la terminología utilizada en el apartado b) del precepto.

Se considera que para que pudiera resultar aplicable y, por tanto, útil a los fines previstos, estos requisitos deberían ser alternativos y no acumulativos, puesto que la exigencia de su concurrencia en todos los casos, de facto, supone una dificultad añadida a su posible aplicación. Al mismo tiempo, su configuración como requisitos alternativos resulta más congruente con la conceptualización del principio de oportunidad del art. 174 ALECrím («la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento»).

En términos generales, en el art. 175.2 ALECrím se indica que no cabrá acudir al principio de oportunidad cuando: i) En la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación; ii) el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza



distinta; iii) la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos en este capítulo; iv) la víctima sea menor de trece años.

El segundo de los supuestos de exclusión para la aplicación del principio de oportunidad resulta una consecuencia lógica de lo dispuesto en el art. 174.1 ALECrím («que la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención»), si bien debería aclararse en el texto propuesto si se tomarán en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo y si se tomarán en cuenta las condenas previas por delitos imprudentes.

El tercero de los supuestos previstos en el art. 175.2 ALECrím requiere una mejora en la redacción, proponiéndose como alternativa la siguiente: «la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación del principio de oportunidad establecido en este capítulo». Asimismo, por motivos obvios, exigirá la existencia de un registro en el que conste la aplicación del principio de oportunidad.

Por razones de política criminal se establece en el art. 175.3 ALECrím que no será de aplicación lo dispuesto en este precepto a los delitos de violencia de género ni a los relacionados con la corrupción. Dos cuestiones deben resaltarse al respecto. En primer lugar, la limitación únicamente de la aplicación del art. 175 ALECrím en tales casos, lo que implica que se pueda aplicar el principio de oportunidad en alguna de las otras modalidades reguladas en el capítulo. En segundo lugar, la utilización de un concepto tan indeterminado como ambiguo (delitos relacionados con la corrupción), ¿a qué delitos se refiere? ¿se trata de la corrupción en el sector público o implica también la del sector privado o entre particulares?

Decretado el archivo, la persona ofendida o perjudicada por el delito tendrá el derecho a reclamar la reparación civil ante la jurisdicción correspondiente; lo



que no tendrá es la posibilidad de impugnar el decreto de archivo en los términos del art. 180 ALECrim. Esta modalidad de archivo por razones de oportunidad resultaría, por tanto, ajena al control judicial de los elementos reglados mencionados.

El archivo se diseña como una suerte de sobreseimiento provisional, de tal forma que, si antes del transcurso del plazo de prescripción del delito la persona encausada delinquiera, el/la fiscal reabrirá el procedimiento archivado. El legislador debe aclarar el concepto «cometer otro delito» en el sentido de indicar si será suficiente con que exista otro procedimiento abierto respecto de esa persona o se exige una sentencia condenatoria firme al respecto.

El precepto proyectado no resuelve el problema que se puede plantear en la práctica si existiera una acusación particular personada ni los supuestos en los que exista una pluralidad de personas encausadas. Tampoco se regula en qué situación procesal queda el coautor que se beneficia de esta forma de terminación del proceso pero es llamado a declarar como testigo en el juicio oral y si les resulta o no de aplicación la garantía del art. 662 ALECrim. Asimismo, sería de interés indicar expresamente la posibilidad de que una persona encausada con discapacidad, una vez se le hubieran facilitado todos los recursos para el complemento de su capacidad, pueda acceder a esta opción procesal.

El art. 176 ALECrim regula la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad para aquellos delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurren los requisitos del art. 175 ALECrim.

El primer problema que se plantea en relación con este precepto es qué se entiende por *requisito*: los recogidos en el apartado 1 del art. 175 ALECrim o también los previstos en el apartado 2.



El apartado 3 del art. 175 ALECrim no plantea inconvenientes puesto que el propio precepto indica que se circunscribe a lo dispuesto en el art. 175, lo que puede conllevar otro tipo de problemas en la práctica puesto que, a pesar de lo categórico de la afirmación, la remisión que se realiza en otros preceptos (arts. 176 y 177 ALECrim) a la concurrencia de los requisitos del art. 175 ALECrim puede suscitar dudas interpretativas.

Como se señalaba anteriormente, los requisitos propiamente dichos para la aplicación del art. 175 ALECrim se contemplan en el apartado 1 del precepto, constituyendo el apartado 2 límites al ejercicio del principio de oportunidad, pero no requisitos. La suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, se condicionará siempre a que la persona encausada no delinca en el plazo de dos años, quedando interrumpido el cómputo de la prescripción del delito (apartado 3) y pudiendo condicionarse al cumplimiento, durante un máximo de dos años, de alguna o algunas de las reglas de conducta previstas.

Con carácter previo al análisis del apartado 1 del art. 176 ALECrim convendría señalar la necesaria mejora del mismo para evitar conceptos jurídicos excesivamente indeterminados que puedan generar controversias en la práctica.

Por lo que respecta a la letra a) del precepto («indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada»), la norma no establece ni hace referencia alguna a los criterios para determinar la cuantía ni a su forma ni a quién la debe fijar. Aunque parece lógico que sea el/la fiscal quien fije la cuantía de la indemnización, pueden surgir dudas interpretativas si se relaciona con la letra b) del mismo artículo.

La redacción de la letra b) del art. 176.1 ALECrim («dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente»)



implica dejar al arbitrio del ofendido o perjudicado la determinación de qué considera como satisfacción moral suficiente, es decir, se deja en manos de este la posibilidad de impedir o condicionar la posibilidad de la suspensión del procedimiento.

En cuanto a la letra c) del precepto («entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias»), se trata de un concepto novedoso y no se establece criterio alguno para su cuantificación. No se concreta si ha de determinarse conforme a la gravedad del injusto o de la culpabilidad, a la capacidad económica del encausado, al daño producido, a una combinación de tales criterios, etc. En aras a conseguir un mínimo de seguridad jurídica e igualdad, deberían establecerse criterios de determinación de tal cantidad.

La relación de reglas de conducta recuerda a las que se pueden establecer como condición a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, con la salvedad de que en este segundo supuesto estamos hablando de una pena impuesta y en el primero lo que se condiciona es la suspensión del procedimiento que puede culminar con la imposición de una pena, lo que tiene consecuencias evidentes en la relación con el principio de presunción de inocencia.

Al margen de la diferencia apuntada, lo cierto es que se trata de obligaciones y reglas de conducta que habrán de guardar relación con las circunstancias del hecho delictivo y atender al criterio de proporcionalidad con relación al ilícito cometido.

Asimismo, tampoco puede perderse de vista el hecho de que el trasfondo de reinserción social que preside la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y que afecta a las reglas de conducta a las que esta se



condiciona, también debe predicarse de las reglas de conducta y las obligaciones contenidas en el art. 176 ALECrím.

El procedimiento regulado en este precepto no exige consentimiento por parte de la persona encausada, salvo para las reglas de conducta que el Ministerio Fiscal estime convenientes y que no se encuentren en el catálogo recogido en el precepto de constante referencia. Por otro lado, cabe señalar que el encausado no se encuentra legitimado para impugnar el decreto del fiscal.

El apartado segundo del art. 176 ALECrím configura esta suspensión del procedimiento por razones de oportunidad como una suerte de conformidad al establecer como requisitos, en todo caso:

- 1º. Que la persona investigada haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punibles en la forma prevista en el art. 322 ALECrím.
- 2º. Que se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto, y
- 3º. Que la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada.

En primer lugar, por lo que se refiere al necesario reconocimiento de hechos por parte de la persona investigada, el precepto remite al art. 322 ALECrím que exige que una vez reconocidos los hechos en la declaración prestada ante el/la fiscal y asistido de su letrado, se celebre una comparecencia ante el juez de garantías para que la reitere en la forma establecida para el aseguramiento de fuentes de prueba. El apartado 3 del art. 322 ALECrím remite a la posibilidad de solicitar la remisión al procedimiento de conformidad pero nada menciona respecto de la posible aplicación del principio de oportunidad en los términos del art. 176 ALECrím.



Se considera innecesaria la remisión al art. 322 ALECrím puesto que para agilizar el procedimiento, y a la luz del resto de requisitos exigidos, resultaría bastante con el reconocimiento de hechos del encausado asistido de su letrado ante el Ministerio Fiscal.

La exigencia de que la persona ofendida o perjudicada muestre su conformidad tanto con la suspensión del procedimiento como con las obligaciones y las reglas de conducta impuestas hace que la suspensión del procedimiento pueda frustrarse, en la práctica, por la voluntad contraria del ofendido/perjudicado.

Los requisitos expuestos, exigidos en todos los casos, hacen que difícilmente pueda aplicarse el procedimiento y que, en aquellos supuestos en los que no exista un perjudicado/ofendido el debate se centre en *negociar* entre una conformidad y esta nueva modalidad, con la ventaja para el investigado de que esta última no le generará antecedentes penales.

Se establece en el apartado 5 del art. 176 ALECrím que para el seguimiento y vigilancia de las obligaciones y reglas de conducta el/la fiscal, además de dictar las órdenes e instrucciones pertinentes a la policía judicial, pueda recabar el apoyo necesario de los servicios sociales y de las autoridades administrativas.

Cumplidas las obligaciones y reglas de conducta y transcurridos dos años sin delinquir, el Ministerio Fiscal, de oficio o a petición del interesado, remitirá el procedimiento al juez de garantías para que acuerde el sobreseimiento del procedimiento, con pleno efecto de cosa juzgada, previa audiencia de la víctima.

Se desconoce la finalidad de esa previa audiencia a la víctima, nada se menciona al respecto en la exposición de motivos. Esta audiencia resulta innecesaria, máxime si se tiene en cuenta que la misma tuvo que mostrarse conforme con la suspensión del procedimiento y tuvo la posibilidad de recurrir



el decreto del fiscal si no se respetaron los elementos reglados. Una nueva citación y audiencia a la víctima en nada favorece la finalidad perseguida por el propio texto de evitar la victimización secundaria. Esta audiencia podría ser sustituida por una notificación de la resolución que acuerde el sobreseimiento.

No se sujeta este sobreseimiento, como sí sucedía con el archivo del art. 175 ALECRim, al transcurso del plazo de prescripción del delito sin delinquir. Ello puede suponer que delitos que tengan un plazo de prescripción de cinco años puedan verse sobreseídos con efectos de cosa juzgada por el transcurso de dos años cumpliendo las condiciones establecidas. Este hecho ahonda en la conceptualización de esta modalidad de aplicación del principio de oportunidad como una suerte de conformidad previa en la que no se habla de pena, por razones evidentes, sino de reglas de conducta y obligaciones y que supondrá la ausencia de antecedentes penales como principal beneficio.

Resultaría conveniente, para aquellos casos en que se produce un incumplimiento leve o moderado de las reglas de conducta establecidas, más que la obligatoria reapertura del procedimiento, que se estableciera una prolongación del periodo de suspensión. Se considera, por otro lado, que la reapertura del procedimiento ante el incumplimiento de las reglas de conducta establecidas o la comisión de un nuevo delito debiera corresponder al Ministerio Fiscal y no al juez de garantías en coherencia con el modelo e investigación penal diseñado.

El art. 177 ALECRim prevé la aplicación del principio de oportunidad en la fase intermedia, siempre que lo soliciten todas las partes personadas. En este caso, será el juez de la audiencia preliminar el que pueda acordar el sobreseimiento por razones de oportunidad en los términos de los arts. 175 y 176 ALECRim, una vez comprobado que concurren los elementos reglados.



Sentado lo anterior, el apartado 2 del art. 177 ALECrím vincula el sobreseimiento a que la persona encausada no delinca y a que cumpla las obligaciones y las reglas de conducta que se fijen, remitiéndose a lo dispuesto en el art. 176 ALECrím, por lo que la referencia en el apartado 1 a lo dispuesto en «los artículos anteriores» resulta, cuando menos, confusa. Asimismo, atribuye el control de su efectividad al propio juez. En caso de incumplimiento, este acordará la reapertura del procedimiento sin que quepa volver a aplicar el principio de oportunidad.

El art. 178 ALECrím regula un supuesto de archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal. No se circunscribe su aplicación a un tipo delictivo, sino que lo determinante es que la incoación o continuación de la causa que va a ser objeto de archivo reservado pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a las actividades de una organización criminal.

Por razones evidentes, se excluye toda audiencia o notificación que haga peligrar la finalidad perseguida por el archivo reservado. El decreto del fiscal se remitirá de inmediato al juez de garantías acompañado de aquellos documentos que sean necesarios para acreditar el riesgo que lo motiva, surtiendo efecto el archivo mientras no sea revocado. La exigencia del apartado 4 de remitir informes periódicos al juez de garantías parece exceder las competencias y funciones que este debiera tener.

El texto prelegislativo regula en el art. 179 ALECrím, como una de las modalidades de aplicación del principio de oportunidad, el posible archivo por colaboración activa contra una organización criminal. El ámbito objetivo de aplicación del citado precepto lo integran los delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, con independencia de su cuantía, cometidos en el seno de una organización criminal.



El Ministerio Fiscal podrá disponer el archivo del procedimiento cuando concurra alguno de los requisitos establecidos en el art. 179 ALECrím, a saber: i) que la persona investigada haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado y haya colaborado activamente con ellas para impedir la producción del delito; o ii) que coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otras personas responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Asimismo, se exige en todo caso (apartado 2) que «la persona investigada haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas». Este requisito, *conditio sine qua non*, plantea problemas en cuanto a su significado y aplicación práctica. En el momento procesal en el que debe aplicarse el principio de oportunidad puede resultar complejo determinar esa responsabilidad civil y que la misma corresponda al investigado.

La condición a la que se sujeta este archivo es a que la persona investigada no frustre con su propia conducta la efectividad de la colaboración prestada y a que no reanude la actividad delictiva.

Llama la atención el apartado 4 del precepto que dispone que «transcurridos cinco años desde la fecha del archivo sin que la persona investigada haya reiniciado la actividad delictiva abandonada y sin que haya vuelto a colaborar con la organización criminal, podrá interesar de la autoridad judicial el sobreseimiento del procedimiento archivado, con pleno efecto de cosa juzgada».



Contrasta esta regulación con lo dispuesto en el art. 175.5 ALECRim en el que se vincula el archivo definitivo del procedimiento al transcurso del plazo de prescripción del delito sin cometer uno nuevo. En este art. 179.4 ALECRim desaparece la vinculación al transcurso del plazo de prescripción (en términos generales, será de diez años como mínimo) sin cometer un nuevo delito con el sobreseimiento con efecto de cosa juzgada, que tendrá lugar a los cinco años de haberse acordado el archivo y que podrá ser solicitado por el interesado.

Valorándose positivamente este precepto, debe señalarse que el mismo plantea problemas en cuanto a su relación con lo establecido en el art. 376 CP, al dedicarse ambos a la figura del *arrepentido* en el seno de una organización criminal, con similares requisitos en cuanto a su aplicación pero con consecuencias muy distintas (condena más leve o carecer de antecedentes penales).

Igualmente, debe indicarse que el prelegislador ha perdido la oportunidad de incluir entre los supuestos regulados en este artículo a los *alertadores* (*whistleblowers*) de delitos de corrupción, en los términos de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión. Una fórmula para luchar contra la corrupción y proteger a los *alertadores* pasaría por incluir los posibles delitos que estos hubieran cometido entre los susceptibles de ser archivados por razones de oportunidad en los términos del art. 179 ALECRim, sin necesidad de exigir su comisión en el seno de una organización criminal.

El art. 180 ALECRim regula la impugnación por incumplimiento de los elementos reglados. Esta posibilidad de impugnación ante el juez de garantías encuentra dos limitaciones; de un lado, solo estarán legitimadas las personas ofendidas y perjudicadas por el delito y las acusaciones personadas; y, por otro lado, solo serán susceptibles de impugnación los decretos del Ministerio Fiscal en los



supuestos de los arts. 176, 177 y 179 ALECrím. Por lo que respecta a este segundo límite, debe recordarse que la suspensión del procedimiento regulada en el art. 176 ALECrím exige que la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad no solo con la imposición de las obligaciones o reglas de conducta al investigado, sino que abarca también a la suspensión del procedimiento y que el art. 177 ALECrím exige que la solicitud de archivo se realice por todas las partes.

La mención contenida en el art. 180.1 ALECrím en relación con el art. 177 es errónea por cuanto en este último no se referencia intervención del Ministerio Fiscal que produzca decretos susceptibles de impugnación.

En su apartado 2 el art. 180 ALECrím enumera los elementos reglados susceptibles de control judicial: a) Los límites de pena previstos en cada caso; b) los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del art. 175 ALECrím y en los mismos apartados del art. 176 ALECrím; c) el abandono de la actividad delictiva, la realidad de la colaboración exigida y la satisfacción de las responsabilidades civiles en el caso del art. 179 ALECrím.

Se propone una mejora en la redacción de la letra b), en el sentido de indicar que la referencia a «los mismos apartados del artículo 176» se refiere a los apartados 2 y 3 de precepto.

El procedimiento de impugnación se regirá por el establecido en el art. 585 ALECrím por lo que en este punto nos remitimos a lo que se manifestará al respecto. La impugnación se resolverá mediante auto contra el que no cabrá recurso alguno y, en caso de revocación del archivo por oportunidad, se ordenará la continuación del procedimiento.

Se mencionan como *requisitos* para la aplicación del principio de oportunidad los recogidos en los apartados 2 y 3 de los arts. 175 y 176 ALECrím, cuando,



como se ha señalado anteriormente, resulta más congruente considerarlos límites para su aplicación, siendo los requisitos propiamente dichos los recogidos en el apartado 1 del art. 175 ALECrím en consonancia con lo dispuesto en el art. 174 ALECrím.

**§ 32.** El **Capítulo III** del Título IV (arts. 181 a 185) incluye una regulación de la «justicia restaurativa».

Naciones Unidas en su Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, ya establecía que «se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas».

Naciones Unidas define la justicia restaurativa, en su manual sobre programas de justicia restaurativa, como «una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, las víctimas y los delincuentes». Se trata, por tanto, de una metodología que permite solucionar problemas a través de involucrar a los principales afectados y del ofrecimiento de ayuda desde la comunidad, tanto para la víctima como para el ofensor.

En el ámbito de la Unión Europea, cabe destacar la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que fue traspuesta en nuestro ordenamiento jurídico dando lugar a la Ley 41/2015, *del Estatuto de la Víctima del delito*.

El Consejo de Europa, por su parte, ha dictado varias resoluciones impulsando la justicia restaurativa. La Recomendación (99)19, sobre mediación en asuntos penales, se considera el referente fundamental en la materia. El contenido de



dicha Recomendación fue reiterado en la Recomendación (2018)8, en cuyo preámbulo se define la justicia restaurativa como un proceso flexible, adaptado, participativo y resolutivo de problemas, mediante la colaboración en la identificación y respuesta a los intereses en juego, de carácter complementario o alternativo al proceso penal. Entre esos intereses se encuentra el de la reparación a las víctimas, más allá de la responsabilidad civil.

En nuestro ordenamiento jurídico la inclusión de la justicia restaurativa se ha realizado en la jurisdicción de menores, a través del principio de oportunidad, permitiendo la utilización de la mediación como instrumento de resolución de conflictos.

El art. 181 ALECrím establece que la justicia restaurativa se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad, principios todos ellos que aparecen recogidos en la normativa internacional en la materia.

El procedimiento en sí aparece regulado en el art. 182 ALECrím. El/la fiscal, atendiendo a las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, de oficio o a instancia de parte, podrá remitir a las partes a un procedimiento restaurativo. La referencia realizada a «las partes» podría suscitar dudas en cuanto a si se está exigiendo la personación de la víctima o no, si bien es el art. 183.3 ALECrím el que resuelve la cuestión al señalar que «las víctimas serán siempre oídas aun cuando no se hubieran personado». Ha de ponerse de manifiesto que no se establece supuesto alguno que excluya desde el inicio tipo delictivo alguno, como resulta de lo dispuesto en el art. 87 *ter* 5 LOPJ.

El inicio del procedimiento restaurativo no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación del delito.

El decreto de remisión a los servicios de justicia restaurativa fijará un plazo máximo en el que deba desarrollarse, que no podrá ser superior a los tres



meses. Esta limitación temporal implicará la necesaria existencia de equipos de justicia restaurativa con los medios materiales y humanos suficientes para poder realizar el procedimiento restaurativo en tales términos.

El apartado 4 del art. 182 ALECrím contempla la posibilidad de que el equipo de justicia restaurativa solicite al fiscal la información que precise sobre el contenido del procedimiento de investigación durante el desarrollo de sus sesiones. En este punto se debe resaltar que el precepto posibilita la información sobre el procedimiento, pero no el acceso al mismo por parte del equipo de justicia restaurativa.

Concluido el proceso, los servicios de justicia restaurativa emitirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada; en caso positivo se acompañará el informe del acta de reparación con los acuerdos alcanzados entre las partes (art. 183 ALECrím).

El Ministerio Fiscal, valorando los acuerdos alcanzados, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, podrá bien decretar el archivo por oportunidad, conforme a los arts. 175 y 176 ALECrím, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes y no siendo de aplicación los requisitos del art. 175.1.a) y b) ALECrím, bien proceder por las reglas del procedimiento de conformidad, debiendo siempre ser oída la víctima e incluyendo los términos del acta de reparación en la sentencia de conformidad.

La remisión a la justicia restaurativa se podrá realizar en cualquier fase del procedimiento. En este sentido, el art. 184 ALECrím establece que el tribunal de enjuiciamiento podrá remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten y, en caso de alcanzarse algún acuerdo, las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación del daño.



El art. 182.5 ALECrím admite que el tribunal pueda, previa audiencia del fiscal, acordar que las partes acudan a un procedimiento de justicia restaurativa durante la ejecución. Sin embargo, en este supuesto no se establece la consecuencia que llevará aparejado el hecho de alcanzar algún acuerdo.

Por último, se valora favorablemente la mención expresa que se realiza en el art. 185 ALECrím al indicar que el sometimiento a justicia restaurativa en el proceso por delitos leves interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal, máxime si se tiene en cuenta que el plazo de prescripción de los delitos leves es de un año, si bien se considera que dicha previsión debería extenderse a todos los tipos delictivos.



**ADENDA SEGUNDA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Libro II. *De las medidas cautelares***



**§ 33.** Se considera acertada la regulación conjunta de las medidas cautelares personales y reales en un mismo libro del Anteproyecto. No obstante, en nuestra opinión, la sistemática no es acertada pues el orden lógico y cronológico de un procedimiento penal haría más acertada su inclusión dentro del procedimiento de investigación, ya fuera como un título del mismo o bien, si se opta por un libro propio, a continuación de los Libros III y IV, aunque se propone rehacer y reordenar toda la estructura del texto por considerarla asistemática.

El Libro II (arts. 186 a 305) aparece estructurado en cinco títulos:

Título I. *Disposiciones generales* (arts. 186 al 189).

Título II. *Las medidas cautelares personales* (arts. 190 al 276).

Título III. *Las medidas cautelares reales* (arts. 277 al 298).

Título IV. *Especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública* (arts. 299 al 304).

Título V. *Medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas y otras entidades* (art. 305).

**§ 34.** El **Título I** del Libro II regula como «disposiciones generales» una serie de principios que informan las medidas cautelares: legalidad, necesidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad.

Esta mención ya se recoge en la exposición de motivos de la norma (apartado XXIX), en la cual y respecto a la jurisdiccionalidad, se señala que se ha optado por generalizar la intervención del juez. Como bien se dice, se trata de una opción, limitando las posibilidades del Ministerio Fiscal a ciertas facultades cautelares excepcionales, como la posibilidad de acordar la detención o la potestad de disponer, en casos de urgencia extraordinaria y con inmediato trámite de ratificación judicial, la intervención de bienes o efectos o el bloqueo de cuentas. Ya desde este momento el Consejo Fiscal indica que las facultades



decisorias del Ministerio Fiscal en esta materia debieran ser bastante más extensas de las que prevé el Anteproyecto en línea con la nueva regulación de las facultades reconocidas al fiscal europeo contenida en la LO 9/2021, de 1 de julio.

El art. 189 ALECrím, cuando se refiere a la jurisdiccionalidad, recoge una norma competencial, que encajaría mejor en otra ubicación (en disposiciones comunes a las medidas cautelares, por ejemplo).

Se considera acertado que el art. 189.4 ALECrím establezca la tramitación en pieza separada de dichas medidas sobre situación personal, responsabilidad civil y responsabilidad civil de terceros. Asimismo, se considera oportuno incluir en el segundo párrafo del art. 189.4 ALECrím el siguiente tenor literal: «u otra medida cautelar distinta de las anteriores».

**§ 35.** El **Título II** regula «las medidas cautelares personales» en cinco capítulos referidos a la detención, la libertad provisional, la prisión provisional, disposiciones comunes y detención y prisión provisional en procedimientos de extradición y análogos.

**§ 36.** El **Capítulo I** del Título II regula la detención en los arts. 190 al 215.

Nos parece acertada la distinción que hace el Anteproyecto entre los dos tipos de detención que regula:

- a) La detención preventiva, que se funda, primero, en la atribución a la persona detenida de un hecho delictivo y, segundo, en la consecución de unas finalidades.
- b) La conducción, que se fundamenta en la necesidad bien de practicar una diligencia de investigación o actuación procesal, bien de asegurar la ejecución de una decisión en la investigación o el enjuiciamiento.



Los supuestos de detención preventiva se encuentran regulados en el art. 190 ALECrím, que introduce tres elementos:

- i) concebir la detención como una posibilidad, no como una obligación;
- ii) la necesidad de que existan indicios de participación en un delito;
- iii) que se verifique alguna/s de las finalidades que prevé el citado precepto.

Entendemos que como limitación del derecho fundamental a la libertad es acertada la necesidad de acreditar, en cada caso, que se dan las circunstancias que justifican esta medida, sin vincular su adopción a la entidad de la pena posible, así como acordarse y ejecutarse atendiendo a los datos con los que se cuente en ese momento, debiendo ser alzada inmediatamente cuando dejen de concurrir la/s finalidad/es que la justificaron inicialmente.

En relación a los supuestos de detención, el Consejo Fiscal estima que en el art. 190.1.1º.c) ALECrím, junto al atentado contra los bienes jurídicos de la víctima, se debería incluir también el riesgo de actuación contra los bienes jurídicos de un tercero.

En cuanto a la detención por delito leve (art. 190.2 ALECrím), debería preverse expresamente que la finalidad es asegurar la presencia de la persona investigada.

El art. 191 ALECrím regula la duración de la detención y la puesta a disposición. Consideramos acertada la previsión expresa de que la duración de la detención preventiva será la imprescindible para la concreta finalidad para la que se haya adoptado con una duración máxima de 72 horas, de acuerdo con la previsión constitucional (art. 17.2 CE).

Hay que mencionar que no se coordina bien este precepto con la previsión de la detención en caso de flagrante delito pues al no constar cuál sería la



finalidad en ese supuesto, no se puede deducir de ella el tiempo máximo de detención, con lo cual entendemos que sería acertada la introducción de un criterio lógico de conexión entre el supuesto de detención en caso de delito flagrante y los fines que establece el art. 190.1.1º ALECrím.

Existe un debate sobre si debe entenderse que la puesta a disposición se produce en el momento de la comunicación de la detención o si debe entenderse que solo se puede producir cuando efectivamente se pone a disposición física a la persona detenida en sede judicial. Se considera muy acertado que el texto del Anteproyecto opte claramente por una de las opciones, en concreto por la segunda; dicha puntualización se entiende de utilidad, habida cuenta el debate generado al respecto y en aras de la seguridad.

Resulta plausible establecer la posibilidad de prórroga en casos de terrorismo (por otro plazo de no más de 48 horas, según el art. 194 ALECrím).

Los arts. 192, 193 y 194 ALECrím regulan los tres sujetos que podrían acordar y/o ejecutar una detención preventiva.

El art. 192 ALECrím prevé el supuesto de la detención acordada por la policía en el curso de una investigación. Podrá detener en cualquiera de los casos en los que está permitida la detención (art. 190 ALECrím). De nuevo hay que destacar el acierto de que se plantee la detención en términos de posibilidad, que no de obligatoriedad.

En segundo lugar, el texto prelegislativo da un paso más e impone que desde el momento de su producción toda detención sea puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo cual se considera procedente y una garantía para la persona detenida. Desde el momento de la comunicación el Ministerio Fiscal



asume el control de la detención y podrá acordar el cese de la misma en cualquier momento cuando entienda no justificada su continuidad.

El último inciso del art. 192 ALECrím refiere de nuevo el plazo de la puesta a disposición judicial (ya señalado en el art. 191 ALECrím), lo que resulta redundante pero, además, su redacción de forma impersonal («deberá ser puesto») genera una duda razonable sobre quién o quiénes pueden llevar a cabo esta puesta a disposición. En coherencia con lo expuesto en el párrafo anterior, entendemos que el único sujeto que puede realizar esa puesta a disposición es el Ministerio Fiscal, por lo que consideramos que esta duda debería ser despejada en la redacción de dicho precepto.

En el art. 193 ALECrím se regula la detención ordenada por el Ministerio Fiscal. Los supuestos en los que podrá acordar tal medida serán, como en el caso anterior, los previstos en el art. 190 del mismo texto.

De nuevo el art. 193.4 ALECrím es redundante en cuanto a que vuelve a hacer referencia al plazo máximo de 72 horas para proceder bien a la puesta en libertad, bien a la puesta a disposición judicial. Es relevante y acertada la advertencia de que el plazo se computa desde que se produce la detención y no necesariamente desde que efectivamente se encuentre en dependencias del Ministerio Fiscal.

El art. 195 ALECrím regula la detención por particulares que se limita al caso de flagrante delito (el art. 772 ALECrím da una interpretación auténtica del concepto de flagrancia). Según esta redacción, un particular no podría detener a una persona buscada o *requisitoria*, ni siquiera aunque se tratase de un presunto terrorista dado a la fuga cuyas imágenes hayan sido difundidas para conseguir la colaboración ciudadana (art. 215.3 ALECrím). Esta restricción no obedece a problemas prácticos ya que la actual regulación de la detención por particulares no ha provocado problemas por exceso de celo de la ciudadanía.



En el art. 196 ALECRim se prevé lo que se denomina *conducción* para asegurar la práctica de una diligencia, medio de prueba, acto, notificación o requerimiento que exija la presencia de una persona en calidad de investigada, acusada, condenada o penada, de testigo o de perito. Resulta acertado que se establezca en el art. 197 ALECRim (frente a lo dispuesto para la detención preventiva) un plazo más reducido: lo indispensable para la realización del acto para el que se acordó y no superior a 24 horas; así como que la policía lo pondrá en inmediato conocimiento de la autoridad que la ordenó en aras al cumplimiento de la finalidad de dicha detención con la mayor celeridad.

En relación con la detención instrumental para la práctica de diligencias, se sugiere añadir en el art. 197.1 ALECRim, tras la expresión «resolución que lo hubiere acordado», la siguiente: «o en resolución posterior complementaria», con la finalidad de dar cobertura a incidencias que pudieran producirse durante la práctica de la diligencia o acto que justifica la detención.

En este mismo sentido, la previsión referida a que la puesta a disposición judicial (cuando resulte necesaria) lo será ante el juez que la ordena y que si la detención se produce en otro territorio se pondrá a disposición del juez de garantías más próximo, evita la demora o el posible incumplimiento del plazo, con las correspondientes consecuencias.

El Anteproyecto deja claro que en cualquier caso de detención son exigibles unas determinadas formas y cautelas (Sección 3ª, arts. 198 al 200) y que cualquier persona detenida es titular de una serie de derechos (Sección 4ª, arts. 201 al 206). Quedarían reservados a los supuestos de detención preventiva los derechos que se asocian al derecho de defensa propio de quien es investigado en causa criminal (Sección 5ª, arts. 207 al 210).

La forma de toda detención se recoge en el art. 198 ALECRim. Se considera acertado el matiz que se introduce en el citado precepto, cual es el de advertir



que tanto quien acuerda la detención como quien la ejecuta tienen una posición absoluta de garante de todos los derechos de la persona detenida.

En el art. 199 ALECrim se presenta una novedad importante: la figura del *responsable policial de custodia*, que ha de asumir un conjunto de deberes para con la persona detenida, ayudar a salvaguardar en mayor medida las garantías que deben rodear a cualquier detención, tanto la forma en que se desarrolla, como el tiempo en que debe permanecer en vigor la medida.

La referencia del apartado 2.b) del art. 199 ALECrim a que el funcionario responsable de la custodia debe asegurarse «que en su ejecución se observan las recomendaciones del Defensor del Pueblo» planteará un grave problema de seguridad jurídica, innumerables problemas prácticos y se considera innecesaria ya que las funciones del Defensor/a del Pueblo están reconocidas en la Constitución y desarrolladas por su Ley Orgánica.

La previsión de las letras e) y f) del art. 199.2 ALECrim son reflejo de las previsiones de la Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales. No obstante, sería necesario llevar a cabo las siguientes precisiones:

1º. Respecto al art. 199.2.e) ALECrim no se entiende la relación que guarda la asistencia médica al detenido (necesaria en todo caso, sea cual sea la causa por la que la precise) con la falta de capacidad para decidir por sí mismo. Se sugiere que el apartado se redacte de la siguiente forma: «Adoptar las medidas necesarias para que la persona detenida reciba inmediata asistencia médica si la precisase», siendo indiferente que ello sea debido a la ingesta de drogas, alcohol, lesiones físicas, heridas o por razón de un trastorno psíquico de cualquier índole.



2º. Debería mejorarse la redacción del apartado f) del art. 199.2 ALECrím. Este apartado exige al funcionario responsable de la custodia «asegurarse de que se adoptan las medidas previstas en esta ley tan pronto se sospeche que el detenido no puede comprender y participar eficazmente en el proceso debido a su edad, su condición mental o física o su discapacidad, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal».

Sería preferible hablar de «indicios de que la persona detenida tiene alguna discapacidad o cualquier otra condición personal que pueda afectar a su participación eficaz en el proceso», en lugar de *sospechas de que no puede comprender*. Esta comunicación se hace necesaria debido a que deberán plantearse las adaptaciones procesales o el incidente del art. 72 ALECrím, por lo que es preciso que el/la fiscal conozca cuanto antes dichas circunstancias personales de la persona detenida.

Se propone, en consecuencia, la siguiente redacción al mencionado apartado f) del art. 199.2 ALECrím:

*Asegurarse de que se adoptan las medidas previstas en esta ley tan pronto existan indicios de que la persona detenida tiene alguna discapacidad o cualquier otra condición personal que pueda afectar a su participación eficaz en el proceso, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

En el art. 200 ALECrím se instaura otro sistema de control: el libro de registro y custodia de detenidos que ya preveía el art. 17 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuyo instrumento de ratificación por España fue publicado en BOE de 18 de febrero de 2011.

El art. 200 ALECrím parte de la premisa de la utilización del papel, estableciéndose la posibilidad de que el *libro de registro y custodia de*



*detenidos* pueda sustituirse por un fichero en formato electrónico. Atendiendo a la situación actual de digitalización y su crecimiento exponencial y a la apuesta por un sistema procesal más ágil, sostenible y moderno, parece más adecuado hacer referencia a que este libro de registro sea digital y que esté vinculado informáticamente con el que se ha de llevar en dependencias judiciales o fiscales, de manera que, a la vista de un único documento digital, puedan conocerse las circunstancias de la detención y cualesquiera incidencias acaecidas.

El Anteproyecto regula de forma diferenciada dos grupos de derechos que afectan a las personas detenidas.

El primero, previsto en la Sección 4ª, bajo el título «derechos de toda persona detenida» (arts. 201 a 206 ALECrím), y el segundo en la Sección 5ª (arts. 207 a 210 ALECrím) en el que se regulan los derechos vinculados a la condición de sospechoso en una investigación penal.

El art. 201 ALECrím regula el derecho de la persona detenida a recibir información. Si bien resulta relevante la previsión de que en el caso de menores o personas con capacidad de obrar modificada judicialmente han de ser informadas las personas que ejerzan las oportunas instituciones de tutela o complemento, procede una anotación crítica. En la Recomendación de la Comisión Europea de 27/11/2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procedimientos penales, el ámbito que se prevé es más amplio que el de personas con capacidad modificada judicialmente, abarcando a sospechosos o acusados que no puedan comprender y participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física o sus discapacidades. Por tanto, sería adecuado tener en cuenta la previsión limitada del precepto y ampliarlo en el sentido de la citada Recomendación.



En el párrafo tercero del citado artículo se regula la asistencia de intérprete a la persona detenida. Se sugiere que se haga referencia expresa —de forma homogénea a lo previsto en el art. 52.5 ALECrím— a que cuando no fuera posible el desplazamiento de los intérpretes al lugar donde se estén desarrollando las actuaciones y siempre que existan los medios técnicos precisos, se facilitará el uso de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido.

El art. 202 ALECrím especifica que la persona con la que se comunique el/la detenido/a podrá ser su abogado. Sin embargo, debe aclararse que el alcance de este derecho no es el propio de la asistencia letrada. Esa evidencia de que no se trata de una relación reservada hace dudosamente conveniente la inclusión expresa del letrado como posible receptor de la llamada. No negamos, pues es evidente, que la persona detenida puede elegir hablar con su letrado pero hay que tener en cuenta que no se trataría de un momento de asistencia letrada propiamente dicho pues esta no podría desarrollarse en esa condición de conversación observada (la ley recoge expresamente que será presenciada por un funcionario policial o fiscal); de ahí que fuera preferible regular separadamente esa posible comunicación con el letrado.

El art. 204 ALECrím regula pormenorizadamente la forma de practicar el reconocimiento o la revisión médica, lo que se considera acertado. Tiene carácter reservado y se salvaguarda la intimidad en la que se deben practicar. No obstante, se echa en falta una regulación expresa de la actuación o dación de cuenta por el facultativo en aquellos casos en los que aprecie indicios de malos tratos.

Aspecto relevante es el referido a la documentación de la asistencia. En primer lugar, es fundamental que sea la persona custodiada en el propio centro médico pues esa es la forma de que se deriven las garantías que antes mencionamos. En segundo lugar, refiere que la documentación se entregará a



la —y solo a la— persona examinada pues afecta directamente a su intimidad. En este sentido, debemos referir las Recomendaciones del Estudio sobre los partes de lesiones de las personas privadas de libertad del Defensor del Pueblo (mayo de 2014). Al tratarse de un derecho del paciente, la confidencialidad impide el acceso a la información. Si tal información fuera necesaria a efectos investigativos, el/la fiscal puede solicitar que se recabe dicho parte.

En el supuesto del art. 204.4 ALECrím y en relación con el contenido del parte a emitir por el facultativo, podría además extenderse a aquellas otras indicaciones sobre el tratamiento médico que precise y en previsión de que sea preciso adoptar las medidas de apoyo temprano a la discapacidad, conforme el art. 70 ALECrím.

Se observa un error tipográfico en el primer apartado del art. 205.1 ALECrím («tan pronto se tanta constancia»), que deberá sustituirse por «tan pronto se tenga constancia».

No contempla el Anteproyecto la inclusión de una regulación del procedimiento de *habeas corpus*, tal y como proponía la propuesta de CPP de 2013. Hemos de recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; así, la necesidad de la reforma de su regulación viene dada, además, por acabar con la extendida práctica de denegar la solicitud de incoación del procedimiento por ser *improcedente* anticipando la solución de fondo sin oír a las partes, por dotar de cierta estructura contradictoria al modelo.

El art. 206 ALECrím se refiere al derecho a formular una solicitud de *habeas corpus* para impugnar la legalidad de la detención en la forma y con las condiciones establecidas en su legislación reguladora, pero llama la atención que en relación con la vigente LO Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*, exista una discrepancia, al menos aparente, en cuanto a quiénes pueden instar el procedimiento puesto que este



precepto del Anteproyecto se limita a referir que el detenido y su letrado defensor —como también contempla el art. 209.1.h) para este último— tiene derecho a ello, sin mencionar ni salvar al resto de legitimados conforme a la actual normativa que, recordemos, son:

- a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales.
- b) El Ministerio Fiscal.
- c) El Defensor del Pueblo.

Se desconoce, por consiguiente, si el legislador pretende modificar, reducir o no y en qué sentido los legitimados para promover el procedimiento de habeas corpus. El Consejo Fiscal entiende que debería bien introducirse en el art. 206 ALECrím una completa regulación del *habeas corpus* y del procedimiento para su ejercicio entre los procedimientos especiales del Libro VIII; bien, para el caso de mantener la pretensión de regular al margen de la norma procesal todo lo relativo al derecho y procedimiento de *habeas corpus*, armonizarse las redacciones de ambas normas.

Los derechos de la persona detenida en los supuestos de detención preventiva vienen recogidos en la Sección 5ª del Capítulo I (arts. 207 al 210 ALECrím).

En el art. 207.c) ALECrím se elimina la referencia expresa a los supuestos en que se excepciona el derecho de designación de letrado de confianza. Es una cuestión de estilo pues se mantiene su regulación en el precepto correspondiente (art. 212 ALECrím).

El actual art. 520.2.c) LECrím prevé que «en caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que



dicha comunicación sea imposible». El Anteproyecto elimina esa previsión con lo que solo se mantiene la regulación referida a supuestos de buques y aeronaves, por lo que no sería desacertado mantener esa previsión como supuesto de cierre.

En la letra d) del art. 207 ALECrím se regula el deber de informar sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita. El Anteproyecto parece que se limita a referir el derecho a solicitar esa asistencia jurídica gratuita, sin concretar el procedimiento y las condiciones para su otorgamiento, por lo que sería prudente mantener dichas menciones que sí hace la vigente ley procesal a fin de evitar interpretaciones restrictivas de ese derecho.

Por último, la letra e) del art. 207 ALECrím regula el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención. El texto prelegislativo resulta novedoso en tanto que expresa claramente un momento («después de ser informado de sus derechos y con anterioridad a su declaración») y un contenido en el que se ejemplifican objetos de las actuaciones a los que puede ir referido el derecho y que son: «en particular la denuncia, la documentación de los testimonios inculpativos, los informes periciales, las fotografías y las grabaciones, si las hubiera», si bien es cierto que la enumeración se debe entender ejemplificadora.

En lo que respecta a las novedades que sobre la asistencia letrada introduce el texto del Anteproyecto (art. 209 ALECrím) y que se consideran acertadas en aras de la garantía del derecho de defensa, caben señalar las siguientes:

1º. La entrevista reservada con la persona detenida se deberá producir antes y al término de la diligencia en que hubiera intervenido para prestarle el asesoramiento que proceda.



2º. En cuanto a la intervención en la declaración de la persona detenida, el letrado podrá hacerle las apreciaciones que considere procedentes en cualquier momento.

3º. Se amplía la mención en el caso de la participación letrada en diligencias que deban ser practicadas con la persona detenida, al mencionar también la inspección ocular.

4º. En cuanto a la consignación en el acta de la declaración, se dejará constancia de lo que inste el letrado como incidencia durante aquella.

5º. Se establece el acceso del letrado (en las mismas condiciones que la persona detenida) a los elementos esenciales de las actuaciones que sean relevantes para impugnar la legalidad de la detención.

6º. La expresa referencia a la legitimación que ostenta el letrado para iniciar un procedimiento de habeas corpus.

La redacción del art. 209 ALECrim establece que «la asistencia del abogado consistirá en: (...)». El uso del imperativo implica que el abogado está obligado a realizar todas las actuaciones contempladas en este precepto, como son el reconocimiento médico del detenido o plantear el *habeas corpus*. Es necesario que se precise que el abogado interesará o realizará estas actuaciones solo cuando proceda, ya que de la redacción actual resulta que el abogado deberá, en todo caso, plantearlas.

El art. 210 ALECrim hace una regulación de la detención en buques o aeronaves sin distinguir entre españoles y extranjeros. Este precepto entra en contradicción con el art. 23.1 LOPJ. Es, por tanto, necesario armonizar este precepto con dicha norma y el derecho internacional.



La Sección 6ª regula la incomunicación de las personas detenidas y presas (arts. 211 al 214 ALECrím).

El art. 211 ALECrím resulta acertado en esta materia pues establece unas finalidades legitimadoras de la medida incomunicadora en cuanto se refiere a peligros para el proceso (letras b y d) o para los hechos objeto del mismo (letras a y c), y si bien no se contiene la expresión «necesidad urgente», sí se exige que se hable de peligros concretos que deben ser expresados en clave de excepcionalidad y necesidad urgente.

En cuanto al régimen de incomunicación (art. 212 ALECrím), acertadamente se establece en la norma el carácter preceptivo de los reconocimientos médicos y que la permanencia de la persona incomunicada en dependencias policiales será registrada en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

**§ 37.** El **Capítulo II** («la libertad provisional») viene dividido en seis secciones y se encuentra integrado por los arts. 216 a 245.

Se establece como regla general respecto de la persona investigada la situación de libertad, de acuerdo con el principio de presunción de inocencia. No obstante, la expresión utilizada en el art. 216.1 ALECrím («La persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad») ya aparece recogida en la exposición de motivos (apartado XXXII) y resulta mejorable, dado que el principio de presunción de inocencia resulta obvio y, además, aplicable también al acusado hasta que no haya recaído sentencia firme.

Para la adopción de medidas cautelares se introduce la exigencia de una base indiciaria, empleándose la misma fórmula que para la detención, lo cual se considera acertado.



En el art. 217 ALECrím se establecen un elenco de medidas a las que puede condicionarse la libertad (algunas orientadas a la localización del investigado, otras a la protección de la víctima y otras a evitar la comisión de nuevos delitos) que mejora la sistemática de la actual norma procesal y que se desarrollan en las Secciones 3ª y 4ª de este capítulo.

**§ 38.** La **Sección 2ª del Capítulo II** regula la «caución» (arts. 218 al 220). El término *fianza* utilizado hasta ahora en nuestra norma procesal penal y en la práctica forense se sustituye por el de caución como garantía exclusivamente personal, y se especifican los diferentes supuestos (art. 218.4 ALECrím) para hacer efectivo el cumplimiento de la caución: libertad, concediéndose un plazo para su abono o prisión hasta que se haga efectiva la caución, lo cual se considera un acierto.

Se sugiere una mejora de la redacción del primer párrafo del art. 219 ALECrím en el sentido de especificar que no es necesaria la presencia de la persona investigada en la audiencia de las partes para hacer efectiva la caución, siendo suficiente la asistencia de su letrado. Del segundo párrafo parece inferirse que sería suficiente la presencia de la defensa técnica pero el primer apartado puede generar problemas interpretativos.

**§ 39.** En la **Sección 3ª del Capítulo II** se determinan las «medidas restrictivas de la libertad» (arts. 221 al 228).

El Anteproyecto incluye la herramienta de los medios telemáticos de localización. Se establece la posibilidad de imponer la obligación de estar localizable «de forma continuada o discontinua». Dicha previsión merece nuestra crítica en tanto en cuanto puede conllevar dificultades en su control y falta de efectividad de la medida.



La exigencia del previo consentimiento del investigado para la imposición de la medida y, en caso contrario, la posibilidad de las partes de instar otras medidas más gravosas con la misma finalidad, rompe con nuestra tradición jurídica y la regulación del resto de medidas cautelares previstas en esta norma. Por otro lado, el precepto obvia la necesidad de que, en los supuestos en que esta medida se adopte para asegurar la protección de la víctima o de otras personas, estas consientan la adopción de esta medida. La necesidad del consentimiento de la víctima se encuentra prevista en el art. 225 *in fine* ALECrím, si bien por sistemática debería incluirse en este artículo que es el que regula, de manera específica, esta medida cautelar de prohibición de comunicación.

Se considera un acierto, para facilitar su cumplimiento y control, la exigencia prevista en el art. 225.1.a) ALECrím de fijar la distancia de la medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación.

Se establecen excepciones a la prohibición de comunicación, previa audiencia de la persona protegida, previsión cuya supresión sugerimos por tratarse de cuestiones más propias de una norma de naturaleza sustantiva.

Por otro lado, el precepto obvia la necesidad de que, en los supuestos en que esta medida se adopte para asegurar la protección de la víctima o de otras personas, estas consientan la adopción de esta medida. La necesidad del consentimiento de la víctima se encuentra prevista en el art. 225 *in fine* ALECrím, si bien por sistemática debería incluirse en este artículo que es el que regula, de manera específica, esta medida cautelar de prohibición de comunicación.

La información objeto de tratamiento necesariamente se referirá también a la víctima o a las personas cuya protección se busca asegurar, debiendo sus datos personales también ser protegidos.



El art. 225.2 ALECrím establece de forma expresa que «[n]o se consideran incumplimientos los encuentros involuntarios, como los casuales o imprevistos en lugares distintos a los prohibidos». Entendemos innecesaria dicha mención en una norma procesal; se trata de una cuestión a valorar, en cada caso, en el correspondiente procedimiento. Se propone su supresión.

El art. 226.2 ALECrím (*prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos*) señala que «se determinarán, en su caso, los espacios temporales y espaciales a los que extiende la prohibición, especificando distancias, la periodicidad y los horarios de vigencia de esta». La excesiva especificidad temporal y espacial que se prevé como posibilidad hará sumamente complejo no solo su control sino su eficiencia; pensemos de nuevo en los supuestos de violencia de género y familiar. Se propone la supresión de este apartado.

El art. 228 ALECrím regula la medida cautelar de *custodia* con unas finalidades concretas: asegurar la presencia de la persona encausada, proteger a terceros o evitar la reiteración delictiva.

La custodia será llevada a cabo por una persona o institución que dará cuenta del desarrollo de la custodia mensualmente, como mínimo, al Ministerio Fiscal.

Parece que quien detenta la custodia se aproxima a la figura del *adulto adecuado* (familiar o persona relacionada socialmente con la persona vulnerable que pueda interactuar con las autoridades y permitir a la persona vulnerable ejercer sus derechos procesales) que recoge la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013. También parece compartir funciones que podrían ser asumidas por el asistente (institución de apoyo). Quizás resultare conveniente deslindar esas figuras o establecer su compatibilidad.



La institución de la custodia puede generar no pocos problemas:

1º. No se identifica el supuesto de hecho por lo que se desconoce si debe restringirse, como hacía la PCPP de 2013, a trastornos psíquicos o, si por el contrario, queda abierta como alternativa a la prisión provisional.

2º. También es muy abierta la regulación en cuanto a lo que la medida supone. La institución está por definir, debe concretarse más, pues en otro caso su uso puede resultar imprevisible.

3º. Es preciso coordinar esta medida cautelar con la prisión atenuada (arts. 255 y 256 ALECRim) ya que puede haber una superposición de medidas.

En suma, tal y como está configurada por el prelegislador, se trata de un instrumento para finalidades del proceso y no para asegurar la obligación de sumisión a programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros, ni para asegurar la obligación de seguir tratamiento médico externo o someterse a control médico periódico. Cuestión distinta es que el custodio pueda establecer esas reglas de conducta. Ahora bien, su inobservancia no le otorga poderes coactivos.

**§ 40.** La **Sección 4ª del Capítulo II** regula «otras medidas limitativas de derechos» (arts. 229 al 233). Se considera acertado que se establezca una regulación más detallada y sistemática que la de la presente Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de las medidas limitativas de derechos. Se prevé la necesidad de que el delito objeto del procedimiento prevea la pena que se corresponde con la respectiva medida cautelar.

En el art. 230.1.II ALECRim hay una omisión cuando se refiere a «con el no conviviente» que debería sustituirse por «con el progenitor no conviviente».



En el apartado tercero del art. 230 ALECrím se propone que la comunicación de la situación de desamparo al organismo competente pueda ser realizada también de oficio por la autoridad judicial y no solo a instancia del Ministerio Fiscal o a petición de las acusaciones.

Asimismo, en el apartado quinto del mismo precepto debería incluirse la expresión «y, en todo caso, cuando fuera mayor de 12 años», en concordancia con las disposiciones en la materia del Código Civil.

Con respecto a los arts. 231 (suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas e intervención de licencia y guía) y 232 ALECrím (requerimiento de no conducir; intervención vehículo y permiso de conducción), no se observan problemas para que estas medidas pueda adoptarlas directamente el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de recurso ante el juez de garantías.

**§ 41.** La **Sección 5ª** prevé unas «disposiciones comunes» en sus arts. 234 al 236.

El art. 234 ALECrím establece que la resolución judicial deberá fijar los plazos de duración de las medidas cautelares acordadas o la periodicidad con la que habrán de ser revisadas. Se considera innecesario el establecimiento preceptivo de un plazo de duración y de la necesidad de revisión, en su caso, de las medidas, habida cuenta de que resulta lógico y acorde con la esencia y finalidad de las mismas que cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a su adopción propiciará su necesaria revisión; máxime cuando el propio art. 234 ALECrím prevé que el plazo se entiende sin perjuicio de que la persona afectada puede interesar su modificación o alzamiento cuando cambien las circunstancias de manera relevante.



Se considera adecuado que sea el Ministerio Fiscal (art. 235 ALECrím) el que se encargue de las funciones de control y supervisión, y no el juez de garantías o el de enjuiciamiento.

El art. 236.2 ALECrím establece que «en ningún caso la sola condición de extranjero de la persona encausada será motivo suficiente para imponerle la prohibición de abandonar el territorio nacional o para acordar la prisión provisional cuando sea posible alcanzar las finalidades que se pretenden garantizar mediante la emisión de la citada resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, u otra equivalente contemplada en los tratados y convenios firmados por España». Esta puntualización parece innecesaria ya que la misma norma establece cuáles son los requisitos que deben concurrir para adoptar cualquiera de las dos medidas cautelares referidas, por lo que parece una prevención frente a eventuales *comportamientos xenófobos* por los aplicadores jurídicos.

**§ 42.** La **Sección 6ª** del Capítulo II regula la «orden de protección» (arts. 237 al 245). En su tramitación parece que no se siguen las reglas generales que suponen que ya ha existido la primera comparecencia para el traslado de cargos. Así, en el art. 242.1 y 3 ALECrím se establece que las medidas quedarán sin efecto si en el plazo de diez días el Ministerio Fiscal no acuerda la incoación del procedimiento de investigación. Dicha previsión entra en clara contradicción con lo que dispone el art. 559.1 ALECrím que establece que en ningún caso el/la fiscal solicitará al juez de garantías la adopción de una medida cautelar personal sin haber practicado previamente la primera comparecencia de la persona investigada.

Se considera acertada la inclusión de los supuestos de violencia familiar, además, como es obvio, de los de violencia de género, pues la problemática de ambas formas de delincuencia, tiene puntos en común.



Igualmente, se considera acertado que se haga mención expresa (además del deber general de denuncia) a la concreta obligación de denuncia por parte de las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, respecto de las situaciones de violencia familiar y de género en aras a visibilizar y perseguir las posibles conductas punibles.

En el apartado tercero del art. 241 ALECrim sería adecuado precisar que se convocará nuevamente la audiencia dentro de las 72 horas siguientes para su ratificación o levantamiento.

Se establece como novedad (arts. 242.1 y 3 ALECrim) la necesidad de que se fije una duración determinada de las medidas adoptadas y que cada tres meses (previsión del CPP portugués para la prisión provisional) el juez revisará la necesidad de mantener la vigencia de las mismas. A tal efecto, convocará a una audiencia al Ministerio Fiscal, a la víctima y al investigado, así como a sus abogados. Dicha previsión merece la crítica de establecer la obligatoriedad del establecimiento de un plazo para las medidas y la revisión cada tres meses, cuando resulta evidente que cualquier cambio en las circunstancias que llevaron a su adopción dará lugar a la necesidad de revisar las medidas, sin que nada aporte a ello el establecimiento de un plazo tan breve de revisión.

Establecer que la víctima deba comparecer cada tres meses puede plantear problemas de victimización secundaria al obligarla con esa periodicidad a revivir los hechos y a acudir a una audiencia en la que estará presente el investigado. Plantea, además, un problema de coherencia interna de la norma, ya que, si se tratase de una víctima vulnerable para la que se establece el criterio general de práctica de la prueba preconstituida con la finalidad de evitar su victimización secundaria, los beneficios de la práctica de esta quedarían anulados por las repetidas comparecencias a las que va a tener que asistir para decidir sobre la vigencia de la orden de protección.



Asimismo, puede plantear problemas prácticos no solo en los supuestos de inasistencia de la víctima sino también de congestión de tribunales por la constante sucesión de vistas. La revisión puede practicarse de oficio sin necesidad de audiencia, de igual manera que se realiza la revisión de la prohibición de aproximación y comunicación o bien solventarse con la precisión de dar, simplemente, audiencia a las partes.

El art. 242.4 ALECrím establece que «[l]as medidas de este capítulo podrán, excepcionalmente, mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen (...)». Se habla de sentencia definitiva (término confuso e inapropiado), no especifica si condenatoria o absolutoria, frente a lo establecido en el art. 271.2 ALECrím (comprendido en el Capítulo IV relativo a las disposiciones comunes a las medidas cautelares personales) respecto a la extinción de las medidas (cautelares personales) que se refiere solamente a la sentencia condenatoria.

Con respecto al mantenimiento de medidas cautelares durante la tramitación de la segunda instancia, se debiera incluir la posibilidad de una prórroga de las medidas civiles adoptadas en protección de menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada, como hace el actual art. 544 quinquies 3) de la vigente LECrím. Debiera estar prevista la posibilidad de su mantenimiento durante un tiempo prudencial para que los interesados y, en su caso, el Ministerio Fiscal, puedan acudir a la vía civil a solicitar esas medidas civiles (o incluso actuaciones administrativas en supuestos de desamparo), precaviendo así el riesgo de que los más vulnerables queden sin la debida protección de esta naturaleza.

Finalmente, se considera acertado incluir en el articulado (art. 245 ALECrím) la referencia a la orden europea de protección.



**§ 43.** El **Capítulo III** del Título II regula a lo largo de cuatro secciones la medida cautelar de prisión provisional (arts. 246 a 257).

Frente a la regulación actual, se considera un acierto separar en distintos artículos las siguientes cuestiones:

- i) Los presupuestos de la prisión provisional, recogidos en el art. 246 ALECrím: indicios racionales de comisión delito/s sancionados con pena igual o superior a dos años de prisión; no es necesario dicho límite en caso de actuar contra bienes jurídicos de la víctima o cuando se pretenda evitar la comisión de otros delitos relacionados con el que motiva la privación de libertad y se infiera que se cometan en el seno grupo u organización criminal (art. 247.3 ALECrím).
- ii) Los fines de la prisión provisional, plasmados en el art. 247 ALECrím: riesgo de fuga, ocultación o alteración de pruebas, actuar contra bienes jurídicos de la víctima, comisión de otros delitos relacionados con el que motiva la privación de libertad.
- iii) La valoración de la concurrencia de esos fines, recogidos en el art. 248 ALECrím (se tiende a la exhaustividad en las consideraciones; por un lado, es orientativo, pero por otro lado innecesario).

El art. 247 ALECrím regula los fines legítimos de la prisión provisional. La referencia en el apartado 1.d) del art. 247 ALECrím a «hechos delictivos concretos» puede plantear problemas prácticos toda vez que de las circunstancias es posible inferir que existe una alta probabilidad de reiteración delictiva, si bien es muy difícil llegar a determinar qué hechos delictivos concretos puede cometer. Asimismo, plantea el problema de determinar qué grado de concreción es exigible para cumplir este requisito. Se sugiere suprimir el vocablo «concretos», entendiendo que la finalidad de evitar que la persona



pueda cometer otros hechos delictivos relacionados con el que motiva la privación de libertad es suficientemente preciso y garantista.

Se simplifican, acertadamente, los plazos de la prisión provisional. Así, según el art. 249 ALECrim, no podrá exceder de dos años de duración si el delito tuviera señalada (entendemos que se opta por la pena del delito en abstracto, aunque sería aconsejable especificarlo) pena privativa de libertad superior a cinco años, o de un año si el delito tuviera señalada pena igual o inferior.

Deben preverse también aquellos supuestos en los que, por vía de las excepciones del art. 247.3 ALECrim, se imponga una medida de prisión provisional por delitos con pena que no alcance los dos años, mediante una cláusula general que disponga que, en caso de que la pena prevista para el tipo no llegue a ese módulo mínimo, el máximo de prisión preventiva no podrá superar la mitad de la pena máxima prevista para el tipo penal que corresponda, doctrina asentada en la Consulta 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

Se excepciona de la regla anterior el caso de que la finalidad perseguida con la prisión provisional sea evitar la ocultación o alteración de pruebas, en cuyo caso su duración no podrá exceder de seis meses.

El art. 250 ALECrim prevé la posibilidad de prorrogar la medida cautelar con los siguientes presupuestos:

- i) Carácter excepcional.
- ii) A petición del Ministerio Fiscal o cualquier otra parte personada. Se considera acertada dicha previsión limitada a las partes por el principio acusatorio.
- iii) Podrán prorrogarse los plazos de dos años y de un año hasta un año y 6 meses más, respectivamente. Teniendo en cuenta la realidad de la duración de



la fase de investigación, precisamente en el caso de los delitos más complejos, sería deseable aumentar los plazos de prórroga en dos años y un año respectivamente, de acuerdo con lo establecido en el art. 249 ALECrím a la vista del carácter excepcional de la prórroga que establece el propio art. 250 ALECrím.

El art. 252 ALECrím se refiere a que el cumplimiento de la prisión provisional se llevará a efecto en centro penitenciario y establece garantías para el derecho a la defensa. Se actualizan los contenidos de los arts. 51 LOGP y 41 RP, lo que se considera acertado, quedando protegido el principio de confidencialidad.

Cabe destacar que el art. 254 ALECrím establece que, firme el auto de prisión por terrorismo o rebelión, se produce la suspensión automática de la función, cargo o empleo público mientras dure la misma o se encuentren en rebeldía. Carece de sentido esta regla automática y no individualizada, más allá de su efecto simbólico; no se entiende por qué en este caso es automático y no en otros.

Se considera acertada la regulación detallada que hace el Anteproyecto de la prisión atenuada, así como la previsión legal que permite tomar en cuenta el estado de salud de la persona y la expresa inclusión dentro de los que denomina supuestos especiales (art. 256 ALECrím) el de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia.

**§ 44.** El **Capítulo IV** del Título II contiene unas «disposiciones comunes» para todas las medidas cautelares, si bien la orden de protección tiene una regulación propia ya comentada. Parece lógico y acertado que en la misma comparecencia se puedan sustanciar varias medidas cautelares.

La solicitud de adopción exige concretar los hechos, los indicios, la finalidad que justifique su necesidad y la imposibilidad de alcanzarla a través de otra



medida menos gravosa, acompañando los elementos probatorios. Entendemos innecesaria tal previsión por obvia, tratándose de la solicitud de medida cautelares personales.

La solicitud o petición de medidas cautelares durante la fase de investigación solo puede realizarla el Ministerio Fiscal, salvo las medidas cautelares de prohibición de comunicación y aproximación, de acudir y residir en determinados lugares, la suspensión de la patria potestad y la tenencia armas (medidas claramente vinculadas a la violencia familiar y de género). Resulta confuso la referencia a la «fase de investigación» (*vid.* art. 525 ALECrím) y el por qué de tal aparente distinción, teniendo en cuenta lo que establece el art. 268.1 ALECrím, según el cual las partes legitimadas podrán en cualquier estado del procedimiento solicitar la modificación (incluida la agravación, art. 268.2 ALECrím) o el levantamiento de las medidas cautelares.

Formulada la solicitud o prórroga, se convocará comparecencia en las 72 horas siguientes. La prueba se practicará en el acto comparecencia; si no fuera posible, se prevé la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde medidas provisionalísimas (establecidas para los supuestos de urgencia en el art. 263 ALECrím) y la convocatoria de nueva audiencia en el plazo de 72 horas. La necesidad de comparecencia para la solicitud de prórroga de las medidas cautelares personales no parece que sea necesariamente preceptiva en todos los supuestos (salvo el caso de prisión) pudiéndose sustituir por la preceptiva audiencia a las partes.

El art. 261.3 ALECrím establece que «[l]a comparecencia comenzará con las alegaciones de la parte o partes que hayan solicitado la medida cautelar, oyéndose después a las demás, si las hubiere, y en último lugar a la persona contra la cual haya de adoptarse. Si a la vista de tales alegaciones, quien haya instado la medida desistiera de su solicitud se dará por concluida la audiencia». Parece que confunde *oír* al letrado con *oír* a la persona investigada; debería



redactarse añadiendo que se oirá, en último lugar, al letrado de la persona investigada y a esta, si estuviera presente.

La mención referida en el art. 262.1 ALECrím acerca de que el juez fundamentará su decisión *libremente* resulta innecesaria por obvia y predicable de cualquier decisión judicial.

El art. 262.2 ALECrím señala que no se podrán adoptar medidas cautelares que no hubieran sido expresamente solicitadas. Se refuerza así el principio acusatorio y se toma en consideración las SSTC 30 y 62/2019, que a propósito de la prisión provisional (doctrina que podría extenderse a todas las medidas cautelares), señala que los límites estrictos impuestos por el acusatorio son: a) no fundar la medida en hechos distintos de los alegados o calificaciones más gravosas; y b) correlación con la pretensión aunque no con los motivos.

El último párrafo del art. 264 ALECrím hace referencia a los supuestos de detención en buques y aeronaves, siendo aconsejable que se precise que se refiere a las detenciones en buques y aeronaves españolas.

En cuanto a las personas con discapacidad convendría hacer mención a que ni en el art. 75 ALECrím ni en el 261 ALECrím, al que remite el primero, se contiene referencia alguna a las necesidades especiales de estas personas. Se proclama el derecho a la participación de la persona con discapacidad en la forma más activa posible en el proceso (la participación como derecho nuclear del estatuto de la persona encausada), lo que debe proveerse en todos los actos procesales y, especialmente, en los que revisten las consecuencias más importantes para la misma, como es la comparecencia para la adopción o para la modificación de medidas cautelares.

El Anteproyecto establece en la **Sección 2ª** del Capítulo IV (arts. 265 al 267 ALECrím) las especialidades en caso de secreto de las actuaciones. La idea



fundamental es que la persona investigada tendrá derecho, en todo caso, a acceder a los elementos esenciales de las actuaciones desde el momento en que haya sido convocado a la comparecencia.

El art. 267 ALECrím establece la posibilidad de mantener excepcionalmente el secreto por razones fundadas que habrán de expresarse en anexo reservado a la solicitud, y que el Ministerio Fiscal podrá solicitar al juez que tome en consideración para resolver determinadas diligencias de investigación a las que no tenga acceso la persona investigada.

Cuando el juez de garantías acuerde la prisión provisional conferirá al Ministerio Fiscal un plazo improrrogable de no más de 20 días para que realice las actuaciones urgentes que impiden la comunicación de las diligencias secretas a la defensa. Transcurrido el plazo, el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, deberá bien notificar a la defensa al auto íntegro de prisión, bien mantener el secreto a instancia del fiscal, acordando en tal caso la libertad provisional con otras medidas cautelares menos gravosas. Se considera que el plazo de 20 días es demasiado exiguo y las consecuencias demasiado drásticas, por lo que se propone su modificación o, al menos, se prevea la posibilidad de su ampliación. El plazo que discutimos, en tramas estructuradas de delincuencia organizada, en las que aún no se ha podido desentramar toda la jerarquía de la organización, puede resultar insuficiente para el éxito de la investigación penal. Sería deseable que, en atención a la complejidad o naturaleza de la investigación, se pudiera modular por la autoridad judicial dicho plazo, ampliándolo de inicio o prorrogándolo, tras ponderar los intereses en conflicto: la plenitud en ese momento procesal del derecho fundamental de defensa, por un lado y, por otro, el riesgo de perjudicar una investigación en curso con perjuicio para el interés social.

En la **Sección 3ª** (arts. 268 y 269 ALECrím) se establece la obligación de que el juez fije las condiciones de control del mantenimiento de la medida cautelar y



su duración. Además, en los casos de prisión provisional y medidas acordadas en la orden de protección se establece su revisión cada tres meses y mediante comparecencia. Nos remitimos a lo ya manifestado anteriormente, no compartiendo la obligatoriedad del establecimiento de un plazo para las medidas y la revisión cada tres meses en los supuestos que señala el Anteproyecto.

Se prevé, asimismo, expresamente el abono de las medidas a la pena de la misma naturaleza, lo que se considera acertado. No obstante, con respecto al supuesto en que hayan de compensarse penas y medidas cautelares de distinta naturaleza, sería conveniente introducir con carácter general, y no solo para las comparecencias apud acta, el criterio del juicio de equivalencia que, para estas, estableció el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013, conforme al cual se atenderá al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado.

El art. 271.1 ALECrím prevé como causas de extinción de las medidas el transcurso de los plazos, el archivo, el sobreseimiento o la sentencia absolutoria. Nos remitimos a lo manifestado acerca de la posible contradicción con lo dispuesto en el art. 242.4 ALECrím.

En cuanto al régimen de recursos (arts. 273 y 274 ALECrím), se especifica la necesaria celebración de vista, con audiencia del privado de libertad, en los siguientes supuestos:

- i) En caso impugnación de la prisión provisional o de la medida que deniegue el alzamiento en la revisión trimestral.
- ii) Cuando la resolución agrave la duración, el régimen de la prisión o modifique sus fines o motivos.



- iii) Cuando el recurrente denuncie las condiciones en las que se desarrolle su privación de libertad.
- iv) Cuando sea relevante la valoración de la personalidad del recurrente.

Con motivo del recurso no se podrá acordar la prisión provisional o gravar sus condiciones sin oír al afectado celebrando la correspondiente vista.

La exposición de motivos del texto prelegislativo dice textualmente: «Además, de acuerdo con lo recogido en la citada STC 29/2019, se regulan los casos en los que, con motivo de la sustanciación del recurso frente a la prisión provisional, debe celebrarse vista con asistencia de la persona encausada, recogándose aquí, nuevamente, la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Sin embargo, lo que expresa la STC citada *supra* y el TEDH no es lo que aparece recogido o regulado en el citado art. 273 ALECrím. La STC 29/2019, de 28 de febrero, dispone:

*La cuestión subsiguiente exige plantearse si cabe deducir del art. 17.2 CE, la exigibilidad de la celebración de una vista con intervención personal del investigado. Para ello hemos de tener presente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la revisión jurisdiccional del art. 5.4 CEDH, que se sustancia en nuestro ordenamiento a través del recurso de apelación frente a la decisión inicial de prisión provisional adoptada por el juez de instrucción.*

*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que estamos ante un trámite que ha de colmar las exigencias de contradicción que son características de un “procedimiento judicial” basado en la “igualdad de armas” (por todas, STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Fodale c. Italia, § 41), exigencias que no pueden equipararse a las del juicio civil o penal propiamente dicho en el que se ventila la cuestión de fondo, pero que han de ser en todo caso apropiadas al tipo de medida de privación de derechos que está en juego (por todas, STEDH de 28*



*de octubre de 1998, asunto Assenov y otros c. Bulgaria). Cuando se trata, en concreto, de revisar la adopción de una medida cautelar de privación de libertad en el seno de un proceso penal, el Tribunal de Estrasburgo estima necesario que exista un trámite de audiencia (por todas, STEDH de 15 de noviembre de 2005, asunto Reinsprecht c. Austria, § 31), bien mediante la intervención personal del afectado, bien mediante su actuación instrumentada a través de un representante (SSTEDH de 13 de julio de 1995, asunto Kampanis c. Grecia, § 47; de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, y de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 203). La intervención personal del individuo privado de libertad, en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal, puede ser necesaria en circunstancias determinadas, en particular: i) si el interesado no fue escuchado en el trámite inicial de control judicial de la privación de libertad que es objeto de revisión (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); ii) si existe una gran distancia temporal entre el momento en que se adopta la decisión inicial de prisión (con comparecencia personal) y el trámite de apelación (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); iii) si las alegaciones del impugnante se refieran estrechamente a su personalidad o carácter (STEDH de 19 de enero de 2012, asunto Korneykova c. Ucrania, § 69); iv) si el recurrente discute ex novo las condiciones en la que se desarrolla la privación de libertad, condiciones que en el momento de acordarse la medida cautelar aún no había llegado a experimentar y que el letrado defensor no conoce “de primera mano” (STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, § 91); o v) si el órgano judicial que realiza la revisión modifica los motivos o fundamentos en los que ésta se basa, por ejemplo si la decisión inicial se fundaba en el riesgo de reiteración delictiva y se altera para fundarla en la posibilidad de destrucción de medios de prueba (STEDH de 10 de octubre de 2000, asunto Grauzinis c. Lituania, §§ 33 y 34).*

La previsión de la necesidad de vista, en todo caso, del art. 273 ALECrIm merece nuestra crítica. La necesidad de comparecencia, a tenor de los supuestos en los que se prevé el carácter preceptivo de la misma, pasaría a ser la regla general. La realidad de la práctica forense, por mucho que se establezca la tramitación preferente y se fije el plazo máximo de 10 días para



resolver (art. 274 ALECrim), nos lleva a presuponer —sin gran esfuerzo— que se concatenen y/o se solapen las comparecencias de revisión, prórroga, agravación y recurso, lo que haría absolutamente ineficaz la finalidad pretendida.

El art. 275 ALECrim, relativo a la extradición activa, no recoge los supuestos de cese de la solicitud de extradición, y entendemos que debiera hacerse, sin que quede tal cuestión al arbitrio del órgano judicial. La doctrina entiende que existen una serie de supuestos fácticos y jurídicos que permiten su retirada, como son los de revocación o cese de la imputación, la prescripción o el perdón del ofendido en aquellos delitos semipúblicos cuya pena supere los límites extradicionales, como es el caso del descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP.

En el art. 276 ALECrim, relativo a la orden europea de detención y entrega, consideramos inadecuada la expresión «a otros Estados miembros de la Unión Europea», pues no contempla la posibilidad de que la OEDE se aplique a países que, sin ser parte de la Unión, han firmado acuerdos con esta que recogen instrumentos de entrega clónicos de la OEDE. Es el caso del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión y esos países, firmado en Viena el 28 de junio de 2006. Es por ello que debiera precisarse que las solicitudes dirigidas por las autoridades españolas los son a otros Estados miembros de la Unión Europea o asimilados según los acuerdos internacionales firmados por la Unión Europea.

**§ 45.** El **Título III** del Libro II del Anteproyecto («las medidas cautelares reales») se integra por cuatro capítulos (arts. 277 a 298).

Los aspectos más destacables del **Capítulo I** («disposiciones generales») son:



- i) El establecimiento de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Legislación Hipotecaria (art. 277).
- ii) Las medidas cautelares recaen sobre bienes y derechos de la persona investigada o acusada y también de terceros en los términos previstos en la norma (art. 278).
- iii) Pueden solicitar medidas cautelares reales para asegurar la responsabilidad civil quienes puedan ejercitar la acción civil en el proceso penal (art. 279).
- iv) En la solicitud se formulará con claridad y precisión la medida concreta que se reclama, la persona física o jurídica contra la que se dirige y la concurrencia de los presupuestos que justifican su adopción y la cantidad en la que se estima suficiente la garantía (art. 280).
- v) El Ministerio Fiscal podrá realizar la averiguación de la situación patrimonial por sí mismo o con autorización del juez de garantías cuando sea precisa. El juez podrá acordar la celebración de una audiencia cuando lo estime necesario para formar su convicción (art. 280).
- vi) La resolución ha de ser congruente con las peticiones de las partes y no más gravosa que lo solicitado (art. 281).
- vii) Contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabe recurso de reforma, que no tendrá efecto suspensivo (art. 281).
- viii) En los supuestos de urgencia el Ministerio Fiscal acordará provisionalmente la intervención de bienes y efectos para garantizar la efectividad del decomiso, así como el bloqueo de cuentas bancarias. Dará traslado inmediato del decreto al juez, que resolverá lo que proceda previa



audiencia de las partes en un plazo de 48 horas. Contra el auto que ratifique las medidas cabe recurso de reforma no suspensivo (art. 282).

ix) En caso de existencia de responsabilidad civil de un tercero el juez podrá, a instancia de parte, adoptar medidas cautelares con el fin de aseguramiento (art. 283).

x) En cuanto a la modificación de las medidas durante el curso del procedimiento, si sobrevienen motivos para creer que las responsabilidades pecuniarias puedan exceder la cantidad inicialmente fijada, puede solicitarse la ampliación de la medida cautelar adoptada; también podrá el juez, a instancia de parte, reducir la medida cautelar en caso contrario (art. 285).

Encontramos inadecuada la regulación en el Anteproyecto de las medidas cautelares reales, especialmente porque las reserva, inicialmente, al juez de garantías, otorgándole un papel mucho más activo del que corresponde a un juez que debiera intervenir solamente para el control de actuaciones previamente acordadas.

La adopción de medidas cautelares reales no es en general una medida que afecte a derechos fundamentales. No hay obstáculo constitucional alguno para la adopción de medidas cautelares reales por el Ministerio Fiscal, y parece que debe recordarse que en nuestro país autoridades administrativas de todo tipo —nacionales, regionales o locales— tienen competencia para adoptar medidas cautelares reales en relación con sus propios expedientes sancionadores.

Habida cuenta del su papel investigador, el Ministerio Fiscal debería poder adoptar siempre, por sí mismo, en todos los supuestos y no solo en caso de urgencia, medidas cautelares de carácter real, lo que permitiría una mayor agilidad en la adopción de las mismas, evitando retrasos y fugas de información con la finalidad de conseguir la desaparición de bienes y saldos.



El control por el juez de garantías estaría debidamente asegurado a través de los correspondientes recursos contra los decretos del Ministerio Fiscal e, incluso, si se optase por un control judicial automático (que nos parece innecesario), podría establecerse un sistema de ratificación por el juez de garantías, especialmente cuando las medidas de embargo o incautación adoptadas por el Ministerio Fiscal en ejecución afectasen, por ejemplo, a bienes inmuebles, con el objeto de garantizar el acceso al registro de la anotación preventiva de conformidad con la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que, para tal caso, se debiera modificar esa norma para permitir también que las medidas adoptadas por el Ministerio Fiscal tuvieran acceso preventivo al Registro de la Propiedad.

En el resto de supuestos, carece de sentido privar al fiscal investigador de la competencia para actuar por sí mismo. Nuevamente, se trata de decisiones que no se justifican en el Anteproyecto.

Esta competencia permitiría que el Ministerio Fiscal remitiera directamente a las entidades bancarias y financieras las solicitudes de información bancaria y, a la vez, la orden de bloqueo de la cuenta, y no solo en casos de urgencia, evitando la posible desaparición de saldos que pueda derivarse de alguna filtración que pueda producirse, pese a la obligación de confidencialidad que tienen las entidades respecto a las medidas de investigación. Por otra parte, el art. 282 solo prevé el recurso de reforma contra el auto que ratifique la medida, obviando la posibilidad de que no sea ratificada. Por ello, el precepto debería señalar simplemente que contra el auto que se dicte cabe interponer recurso de reforma.

El art. 277.1 ALECrím dispone que «[d]esde que resulten indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo por persona determinada, el juez o tribunal, a instancia de parte, podrá adoptar las medidas cautelares dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales y civiles que puedan



derivarse del mismo». Este precepto convierte en innecesario, por redundante, la previsión del art. 278.1 ALECrím cuando señala que «[l]as medidas cautelares reales tienen por finalidad el aseguramiento de las responsabilidades de carácter patrimonial y de las responsabilidades civiles». En consecuencia, se propone la unificación de ambos preceptos.

Por otra parte, puede resultar confusa la distinción entre responsabilidades patrimoniales y civiles, siendo preferible incluir ya en el primer precepto del capítulo la enumeración a que se refiere el art. 279.2 ALECrím, que incluye la multa, las costas y el eventual decomiso.

En consecuencia, se propone la siguiente redacción del art. 277.1 ALECrím:

*Desde que resulten indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo por persona determinada, el juez o tribunal, a instancia de parte, podrá adoptar las medidas cautelares dirigidas al aseguramiento de todas las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse del mismo, incluidas las responsabilidades civiles, las multas y las costas, así como del decomiso que en el futuro pueda acordarse respecto de los efectos, instrumentos y productos del delito.*

**§ 46.** El **Capítulo II** del Título III regula una serie de «medidas cautelares específicas» (arts. 288 a 290).

El art. 288 ALECrím presenta un elenco de medidas imponibles para el aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales. Se echa en falta la previsión de la medida de desalojo, relevante en determinadas circunstancias.

El art. 290 ALECrím establece como supuestos de extinción de las medidas cautelares de naturaleza real el cumplimiento del plazo de duración sin haberse acordado la prórroga; el archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria; y la ejecución.



Se establece, por tanto, como supuesto de extinción el cumplimiento del plazo de duración sin haberse acordado la prórroga, de lo que se deduce que la resolución judicial habrá de fijar los plazos de duración de las medidas reales acordadas. Se considera innecesario el establecimiento preceptivo de un plazo de duración y de la necesidad de revisión, en su caso, de las medidas, habida cuenta de que resulta lógico y acorde con la esencia y finalidad de las mismas que cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a su adopción, propiciará su necesaria revisión; máxime cuando el propio art. 285 ALECRim prevé que las partes legitimadas podrán solicitar la modificación o levantamiento de las medidas cautelares.

**§ 47.** El **Capítulo III** establece unas «medidas para garantizar la efectividad del decomiso» (arts. 291 al 293). Su finalidad es garantizar el decomiso que pueda acordarse en sentencia aun cuando los bienes pertenezcan a terceros no investigados.

La resolución judicial debe describir detalladamente los bienes y alguna o algunas de las previsiones que regula el art. 291 ALECRim.

En el art. 293 ALECRim se prevé la intervención de la ORGA. La redacción del precepto contiene limitaciones a la actuación del Ministerio Fiscal que no se contemplan en la actual regulación. El art. 1 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, *por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*, establece que la Oficina procederá, igualmente, a la localización de activos a instancia del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o en cualesquiera otras actuaciones en los términos previstos en las leyes penales o procesales.

Entendemos que la actuación del Ministerio Fiscal no debería necesitar de la solicitud al juez para que ordene a la ORGA la localización de bienes. Además,



entendemos que puede entrar en contradicción con lo dispuesto en el art. 280.3 ALECrím cuando prevé que «[c]uando fuera preciso conocer la situación patrimonial de la persona investigada, sin perjuicio de la obligación que esta tiene de manifestar sus bienes, el fiscal podrá realizar, por sí o con autorización del juez de garantías cuando esta sea precisa, las diligencias necesarias para su averiguación».

En consecuencia, se interesa una redacción del precepto en el que se establezca que el Ministerio Fiscal podrá encomendar a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos la localización, conservación y administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito que esté investigando, y que cuando lo considere necesario podrá igualmente solicitar al juez de garantías que declare la utilización provisional, así como la realización anticipada de los bienes embargados.

La ausencia de medios suficientes de la Fiscalía para la conservación de algunos bienes embargados o incautados podría completarse con el recurso a la ORGA, de forma que siempre que se incauten o embarguen bienes que por sus características no puedan ser custodiados por el Ministerio Fiscal, la gestión se remitiría a la ORGA inmediatamente, pues cuenta con grandes posibilidades de gestión y administración especializada de los bienes incautados, y con esta especial conexión con la Fiscalía podría ver ampliada sus capacidades de intervención en este tipo de expedientes.

**§ 48. El Capítulo IV** (arts. 294 al 298) regula «otras medidas cautelares». El Anteproyecto establece la posibilidad de adoptar una serie de medidas cautelares en los siguientes supuestos:

- i) Circulación de vehículos a motor y ciclomotores (art. 294 ALECrím).
- ii) Medidas para evitar la continuación de la actividad delictiva o prevenir sus efectos (art. 295 ALECrím).



- iii) Medidas en caso de delitos cometidos a través de medios sonoros de difusión o reproducción (art 296. ALECRim).
- iv) Aseguramiento de las costas (art. 297 ALECRim).

El art. 298 ALECRim prevé como procedimiento para su adopción el de las medidas cautelares reales y, en caso de urgencia, se estará a lo dispuesto en el art. 282 ALECRim.

Nos remitimos a lo señalado más arriba, en el apartado correspondiente a «disposiciones generales» de las medidas cautelares reales (arts. 277 al 287 ALECRim) acerca de la inadecuada regulación en el Anteproyecto de las mismas por los motivos allí aducidos, especialmente en lo relativo a la necesidad de que el Ministerio Fiscal tenga competencia propia para la adopción de estas cautelas, con la única excepción de las dispuestas en el art. 296 ALECRim, por cuanto afectan a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y comunicar y recibir una información veraz.

**§ 49.** El **Título IV** del Libro II regula determinadas «especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública» (arts. 299 a 304 ALECRim).

La regulación ofrecida por el Anteproyecto en esta materia se refiere a dos situaciones diferentes; de un lado, el mantenimiento o no de las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria (art. 299 ALECRim); y de otro, la posible coexistencia de un procedimiento administrativo de liquidación y cobro con un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública, referidos ambos procedimientos a los mismos conceptos impositivos, ejercicios liquidados y personas responsables, siendo así que la responsabilidad civil derivada del concreto delito coincide con la deuda tributaria liquidada (arts. 300 a 304 ALECRim).



La regulación contenida en el Anteproyecto sobre estas dos situaciones nos parece confusa y deficitaria. Así, por lo que se refiere a la primera cuestión, el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria está contenida en el art. 299 ALECrím, que establece una previsión análoga a la que ya se contenía en el art. 81.8 LGT. Y decimos similar porque falta en el art. 299 ALECrím una consideración que entendemos esencial: la concreción de si el mantenimiento decretado judicialmente de la medida cautelar la transforma en medida judicial, consideración de la que se derivan importantes repercusiones. La falta de pronunciamiento expreso sobre la conversión de la medida en judicial se presta a confusiones y conlleva la omisión de la necesidad de incoar pieza separada tal y como prevé el art. 289.5 ALECrím con ocasión de la regulación de las medidas cautelares en general.

Se propone que la previsión diferenciada de esta materia debería comenzar señalando que, iniciado procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública, el juez o tribunal, a instancia de la administración perjudicada o del Ministerio Fiscal y oídas las demás partes, decidirá sobre el mantenimiento de las medidas acordadas por la Administración Tributaria en el procedimiento tributario, que conservarán su validez hasta que se decida su conversión en medida cautelar judicial o su levantamiento. Dando lugar así a la incoación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el art. 289.5 ALECrím a propósito de las medidas cautelares en general. Y también sería el marco donde tendría cabida la segunda de las cuestiones cuya regulación afronta el Anteproyecto, esto es, la continuidad de la actuación recaudatoria (así se rubrica el art. 300 ALECrím).

Ninguna referencia contiene el texto del Anteproyecto a la garantía ofrecida durante el procedimiento tributario, y la regulación que se contiene en los arts. 303 y 304 ALECrím parece estar orientada exclusivamente a la efectividad de los embargos acordados por la Administración Tributaria, lo que además apuntala la consideración que a continuación hacemos, dado que el texto



prelegislativo no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza de la garantía que en su caso se exija por el órgano judicial para acordar la suspensión. Se entiende que la misma es una caución a semejanza de la regulada en el art. 284 ALECrím como sustitutoria de la medida cautelar acordada, siempre limitada a la responsabilidad civil, y que en cualquier caso deberá adoptarse en pieza separada de esta clase porque no olvidemos que la decisión sometida a criterio del órgano judicial es la suspensión del procedimiento administrativo, es decir, su paralización sin que sea posible la adopción de medida alguna en el seno del mismo una vez que está suspendido. Decisión frente a la que únicamente cabe recurso de reforma conforme al art. 300.7 ALECrím.

Hemos de entender que la suspensión del procedimiento de ejecución administrativa no impide la adopción de medidas cautelares judiciales en la forma que establece el Título III del Anteproyecto. Mención que no se contiene y que, a la luz de la redacción del art. 301.6 ALECrím («[e]xcepcionalmente, el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciase que la ejecución puede ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación»), se considera necesaria.

En cuanto a la estimación de los intereses de demora cuando se desconoce el tiempo durante el que se van a estar devengando, entendemos que se facilitaría la cuestión si se fijara algún criterio objetivo, al modo en que se hace en el art. 575 LEC que establece en un 30% del principal la cantidad por la que se puede despachar ejecución para hacer frente a los intereses que se generen durante el procedimiento de ejecución, o el propio art. 281.2 ALECrím.

Otro problema lo plantea la extensión de los efectos del auto que declare la suspensión del procedimiento ejecutivo, pues el art. 302 ALECrím establece distintas opciones contradictorias. Así, señala que la suspensión producirá efectos desde la constitución de la garantía (para lo que el art. 301.2 ALECrím señala un plazo que no podrá exceder de dos meses) o desde el dictado del



auto que acuerde la suspensión si es sin garantía (supuesto del art. 301.6 ALECrím), pero después añade que los efectos se entenderán retrotraídos al momento de la solicitud, sin perjuicio de lo establecido en el siguiente precepto (art. 303 ALECrím al que ya nos hemos referido a lo largo de esta exposición).

**§ 50.** El último de los títulos que integra el Libro II del Anteproyecto (**Título V**) viene dedicado a las «medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas y otras entidades», y se halla conformado por un solo precepto, el art. 305 que prevé la adopción por el órgano judicial de medidas cautelares solo a instancia del Ministerio Fiscal. Esta legitimación choca con la que, con carácter general, recoge el art. 279 ALECrím, que establece que «podrán solicitar medidas cautelares reales para asegurar la responsabilidad civil quienes puedan ejercitar la acción civil en el proceso penal con arreglo a lo dispuesto en esta ley. El fiscal y la acusación particular también podrán solicitar medidas cautelares para asegurar el pago de la multa, las costas, la ejecución del decomiso y las consecuencias accesorias de carácter patrimonial que pudieran derivarse del delito».

Se propone como redacción alternativa la siguiente: «el juez podrá disponer a instancia del Ministerio Fiscal, de la acusación particular o de quienes ejerciten la acción civil (...)».



**ADENDA TERCERA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Libro III. *De las diligencias de la investigación***



§ 51. El **Libro III** del Anteproyecto lleva por título «de las diligencias de la investigación» y se integra por ocho títulos que vienen conformados por los arts. 306 a 520.

El primero de los títulos (**Título I**) viene referido a «los medios de investigación relativos a la persona investigada». Distribuido en seis capítulos, el Anteproyecto aborda en este título la regulación de los medios de investigación relativos a la persona investigada, esto es, aquellos en que el sujeto pasivo del procedimiento de investigación, titular de derechos y garantías procesales es, a su vez, objeto de actos de investigación y fuente de prueba. Se regula la identificación visual (Capítulo I), la acreditación de la edad y los antecedentes de la persona investigada (Capítulo II), la declaración de la persona investigada (Capítulo III), las inspecciones e intervenciones corporales (Capítulo IV), la investigación mediante observación psiquiátrica (Capítulo V), las investigaciones mediante marcadores de ADN (Capítulo VI) y las diligencias de detección de alcoholemia y de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Capítulo VI).

Cabe señalar que la regulación de los medios de investigación de la persona investigada no puede eludir el necesario equilibrio entre la finalidad de la investigación de los delitos, que no es otro que la averiguación de la verdad, y el respeto de las garantías de la persona investigada como sujeto de derechos, de modo que los términos en que finalmente se concrete tal regulación no supongan una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no debe obviarse que este también comprende el derecho a que no se cierre la investigación sin que antes sean practicados los medios de investigación que resulten idóneos para lograr el esclarecimiento de los hechos (SSTC 144/2016, de 19 de septiembre; 153/2013, de 9 de septiembre; 12/2013, de 28 de enero; 131/2012, de 18 de junio; 106/2011, de 20 de junio; 63/2010, de 18 de octubre; 40/2010, de 19 de julio; 123/2008, de 20 de octubre; o 52/2008, de 14 de abril).



En consecuencia, si bien se valora positivamente allí donde se ha producido la incorporación de los presupuestos que para la validez de los medios de investigación vienen determinados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se valora negativamente la exclusión de medios de investigación que puede llevar a la impunidad de determinados delitos y, consecuentemente, a la frustración del derecho de la víctima a conocer la verdad y a la reparación del daño.

**§ 52.** El **Capítulo I** («la identificación visual») se integra por los arts. 306 a 312 ALECrím y aborda indistintamente la regulación de actos de investigación estrictamente policiales como la identificación inmediatamente posterior a la comisión del delito (art. 310) y la identificación fotográfica (art. 311) con medios de investigación intraprocesales que han de ser acordados por el fiscal director de la investigación penal —identificación en rueda y reconocimiento por imágenes grabadas— (arts. 307 a 309).

Sin perjuicio de reconocer la existencia de algunas mejoras gracias a la implementación de diversos criterios jurisprudenciales elaborados en los últimos años, la valoración global es negativa habida cuenta de que resulta notoria la desconfianza del legislador respecto a la diligencia de identificación visual. Según se recoge expresamente en la exposición de motivos «un propósito que la regulación evidencia en diversos pasajes, singularmente en las normas relativas al juicio de acusación y la sentencia, en el de limitar el valor que esta diligencia [la identificación visual] puede llegar a tener a lo largo del proceso».

Así se plasma en el art. 623.2.c) ALECrím que permite que el juez de la audiencia preliminar acuerde el sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación cuando la atribución del hecho a la persona acusada descansa, únicamente, en su identificación visual sin ningún elemento de corroboración, y



en el art. 693.3 ALECrim que, con evidente quiebra del principio de libre valoración de la prueba, establece que la sentencia será necesariamente absolutoria cuando la prueba de cargo consista exclusivamente en *la mera identificación visual*, prescripciones que conducirán a la impunidad de los delitos que se comentan en circunstancias que excluyan poder acudir a otros medios de prueba, como los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. De acuerdo con la Real Academia Española, el término visual significa «del sentido de la vista o relacionado con él, ojeada o vistazo», de forma que la redacción propuesta es esencialmente lesiva para los delitos cometidos contra las mujeres y contrario a los artículos 4.1 y 5.2 del Convenio de Estambul. La propuesta que realiza el prelegislador en este art. 693.3 ALECrim e incluso, como veremos posteriormente, en el art. 306, apartado 2, carece de perspectiva de género y obvia todas las posibilidades que, en base al principio de libre valoración de la prueba, podrían conducir a sentencias condenatorias (por ejemplo, en el caso de que se hubieran reconocido señales, tatuajes, pendientes u otros elementos) con especial incidencia, como hemos dicho, en delitos de enorme impacto para el normal desenvolvimiento de la vida y la seguridad de las mujeres.

Considera el prelegislador que la identificación visual adolece de falta de fiabilidad objetiva afirmando en la exposición de motivos que «el eje de la regulación de la identificación visual sigue siendo el reconocimiento en rueda. Solo podrá recurrirse a esta diligencia cuando haya dudas sobre la identidad del responsable y existan datos objetivos para sospechar de una determinada persona. Nunca podrá ser considerado dato suficiente, a estos fines, la previa identificación fotográfica del afectado. Se prohíbe, así, que la rueda de reconocimiento pueda practicarse tras una primera identificación fotográfica de la persona realizada por el mismo testigo. La previa exhibición de la fotografía frustra la utilidad de la diligencia como identificación espontánea y fiable. De hecho, la identificación fotográfica solo podrá realizarse mediante la exhibición



de álbumes en los casos en que no exista ninguna persona sospechosa de haber cometido el hecho delictivo».

Pese a la declaración reseñada en la exposición de motivos en cuanto a que «el eje de la regulación de la identificación visual sigue siendo el reconocimiento en rueda», lo cierto es que el legislador otorga el mismo valor como fuente de investigación al reconocimiento en rueda (practicado ante el fiscal director de la investigación con asistencia del letrado de la persona sospechosa y documentado mediante su grabación) que al reconocimiento fotográfico realizado ante la policía (sin todas esas garantías).

Así, en cuanto a la identificación en rueda de reconocimiento, el art. 306 ALECrím prevé la posibilidad de acordar la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda solo cuando sea necesaria para determinar la identidad del autor y siempre que existan datos objetivos suficientes para sospechar de una persona determinada, premisas que se consideran acertadas. Ahora bien, ese dato objetivo suficiente no puede ser el previo reconocimiento fotográfico por el mismo testigo.

Si bien se comparte el criterio del prelegislador de circunscribir el uso de la diligencia de reconocimiento en rueda a los supuestos en que su práctica se reputa imprescindible para determinar la identidad del delincuente, se propone la supresión del párrafo segundo del apartado 2 del art. 306 ALECrím, habida cuenta de que se trata de una diligencia esencial de investigación para aquellos hechos delictivos que por su naturaleza suelen cometerse en la intimidad, en lugares cerrados o recónditos o en circunstancias tales que excluyen la posibilidad de acudir a otros elementos de prueba, como sucede en los delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en que solo la víctima de los hechos puede proceder a la identificación del delincuente, por no haber ningún testigo presencial de los mismos, y en los que por lo general la práctica de la rueda vendrá precedida del reconocimiento fotográfico, que usualmente constituye la



única vía de investigación policial para la identificación del autor si no existen huellas o vestigios que permitan la práctica de una prueba de ADN.

Como señala la STS 289/2020, de 5 de junio, que recoge la doctrina de la Sala de lo Penal del TS sobre la cuestión y que se expone de forma extensa, entre otras, en las SSTS 669/2017, de 11 de octubre, y 501/2018, de 24 de octubre, «los reconocimientos fotográficos policiales no constituyen una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. Los reconocimientos de identidad se han de efectuar en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral (STS 503/2008, de 17 de julio y 1202/2003, de 22 de septiembre)», la diligencia de reconocimiento en rueda, practicada con las debidas garantías y de forma contradictoria con la presencia y asistencia de letrado puede y debe valorarse como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia siempre que sea reproducida en el juicio oral mediante ratificación, a fin de poder ser sometida a las garantías de contradicción, oralidad e inmediación (STS 757/2010, de 14 de julio).

La desconfianza del prelegislador enunciada en la exposición de motivos en cuanto a la contaminación del testigo que previamente ha realizado una identificación fotográfica no puede llevar a la prohibición de la práctica de una diligencia de prueba fundamental e imprescindible en muchos casos, sino a regular su modo de realizar tanto la identificación fotográfica como la identificación en rueda de reconocimiento de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia, con todas las garantías para la persona investigada, siendo el tribunal de enjuiciamiento el que debe valorar si se realizó correctamente o si pudo existir contaminación, no debiendo suplir el legislador la libre valoración de la prueba que corresponde en todo caso al tribunal sentenciador.



Piénsese, asimismo, que su práctica resulta fundamental en el momento de valorar la existencia de indicios suficientes de criminalidad para la adopción de una medida cautelar de carácter personal como es la prisión provisional, de modo que, salvo supuestos de imposibilidad, es práctica habitual en el juzgado de guardia la rueda de reconocimiento del sospechoso con la víctima o testigo, existiendo un reconocimiento fotográfico anterior, con carácter previo a adoptar la decisión sobre la adopción o no de la medida cautelar de prisión provisional.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo (por todas, *vid.* STS 1386/2009, de 30 de diciembre) que «el grado de certeza que se puede alcanzar en la identificación a través de una fotografía siempre es inferior y menos sólido, lógicamente, que el obtenible en una diligencia de reconocimiento en persona por medio de una rueda de reconocimiento que permite percibir con mayor fehaciencia y exactitud los rasgos fisonómicos de la persona sospechosa».

Asimismo, debe resaltarse que el prelegislador no toma en consideración la constante jurisprudencia (por todas, SSTS 503/2008, de 17 de julio; 994/2007, de 15 de diciembre) que afirma que «los reconocimientos fotográficos previos generalmente no afectan negativamente a posteriores reconocimientos en rueda hasta el punto de determinar la imposibilidad de valoración y que la fiabilidad, veracidad y consistencia de un reconocimiento o identificación no queda desvirtuada por el hecho de que a los testigos se les haya exhibido previamente ante la fuerza policial un álbum de fotografías del sospechoso. La exhibición de fotografías es un método de investigación que sirve para orientar las pesquisas que realiza la policía judicial, no tiene otro alcance y en modo alguno invalida ni cuestiona una posible rueda de identificación que se practique con posterioridad. En definitiva, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación».



En similar sentido, la STS 757/2010, de 14 de julio, afirma que «[e]l valor de la prueba de identificación [en rueda] no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese también reconocido antes en álbum fotográfico exhibido por funcionario policiales en el ámbito de su investigación, práctica que no contamina ni erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral».

En conclusión, la prohibición de practicar la diligencia de reconocimiento en rueda por el testigo que anteriormente ha reconocido a la persona sospechosa supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al impedir la práctica de una diligencia absolutamente fundamental que por sus características es inidónea para ser practicada en el acto de juicio oral porque en esencia es una prueba anticipada, como de forma reiterada viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin perjuicio de que como señala el prelegislador en la exposición de motivos, tal identificación visual pueda y deba ser corroborada por otros elementos de convicción para fundamentar la tesis acusadora.

Obvia el prelegislador, además, la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que, dado el carácter típicamente sumarial de la diligencia de reconocimiento en rueda ante la imposibilidad de reproducción en el acto de juicio oral, adquiere valor probatorio y, por tanto, se considera apta para poder ser valorada por el juez o tribunal sentenciador en orden a enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuando la misma sea ratificada en el juicio oral, observándose las garantías de contradicción y publicidad que son inherentes a dicho acto, satisfaciendo así el derecho que ostenta el acusado a poder interrogar a quien declare contra él, derecho proclamado en el art. 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) y el art. 14.3 e) del Pacto



Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP).

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la validez de la diligencia de reconocimiento en rueda a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que sea ratificada en el acto de juicio oral con el fin de que las declaraciones vertidas en la fase de instrucción sean sometidas a la necesaria contradicción en el juicio oral (SSTC 80/1986, de 17 de junio; 59/1991, de 14 de marzo, 10/1992, de 16 de enero; 148/1996, de 25 de septiembre).

En relación con la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda, el art. 306.3 ALECrím establece que podrá ser practicada, en caso de solicitarlo la persona investigada, cuando existan dudas sobre su identidad y no pueda determinarse *por otros medios más fiables*. La redacción debe ser matizada, habida cuenta de que en todo caso debe corresponder al fiscal director de la investigación la valoración y la decisión (motivada, obviamente) sobre su práctica o no en función de su pertinencia, necesidad y utilidad y de las circunstancias de la investigación aunque existan otros medios posibles de identificación.

Se valora positivamente la regulación de la composición de la rueda de reconocimiento contemplada en el art. 307 ALECrím, salvo el apartado tercero respecto del que se hacen las siguientes observaciones: si bien se considera procedente recoger la posibilidad de que la persona investigada aporte o proponga personas de su elección para formar la rueda de reconocimiento (lo que además facilitará su práctica), la decisión sobre su composición corresponde al fiscal director de la investigación, que habrá de valorar si coinciden sus rasgos físicos o no con los señalados por el testigo y con los del propio sospechoso. Debe suprimirse el segundo inciso por ser contrario a los principios del proceso penal: no puede quedar al arbitrio del investigado la



posibilidad de incluir en la misma rueda de reconocimiento otras personas que *él considere sospechosas*, si del curso de la investigación no se desprende ningún indicio contra otra persona determinada. Si existieran indicios contra otros sospechosos, de no haberse acordado así por el/la fiscal, la defensa del investigado puede solicitar que se practique otra rueda de reconocimiento en relación a ese sospechoso, resolviendo motivadamente el fiscal director de la investigación. Y ello, además, teniendo en consideración que el apartado siguiente establece la prohibición de que se incluyan en la misma rueda a más de una persona sospechosa.

En cuanto a la forma de practicar la diligencia de reconocimiento en rueda, el art. 308.1 ALECrím prevé que se realice de forma secuencial, régimen que se considera acertado en cuanto suponga mayor garantía de la fiabilidad del reconocimiento, valorándose también positivamente los apartados 4, 5 y 6 en cuando incorporan los criterios jurisprudenciales sobre la práctica de la diligencia, si bien se hacen las siguientes observaciones, partiendo siempre de la premisa de que todas las sedes de fiscalía cuenten con las instalaciones adecuadas que permitan la práctica de la rueda de este modo y se garantice que la víctima haga el reconocimiento desde un lugar en que no pueda ser vista por los componentes de la rueda:

- i) Debe introducirse la posibilidad, en orden a garantizar la seguridad del reconocimiento, de que se repita cuantas veces sea precisa la vista de cada uno de los componentes cambiando de orden aleatoriamente y cuando así lo solicite el testigo; debe introducirse también la prevención de que se evite en todo caso que el testigo pueda ver con anterioridad a la práctica de la rueda a los integrantes de la misma.
- ii) Dadas las objeciones que se recogen en la propia exposición de motivos a la práctica de la rueda conjunta, no se justifica en modo alguno que deba acordarse en todo caso su práctica de esa forma si lo solicita la defensa,



debiendo ser el fiscal director de la investigación quien decida cómo se practica, pudiendo ser conjunta, si hay razones que lo justifiquen, que deben recogerse en la fundamentación del decreto, por lo que se propone la supresión del inciso «y, en todo caso, si lo solicita la defensa» contenido en el segundo párrafo del art. 307.1 ALECrím.

iii) En el apartado 2 se propone añadir, siguiendo la doctrina jurisprudencial sobre la práctica del reconocimiento en rueda, que durante la práctica de la diligencia, no se le realizarán al testigo preguntas sugestivas ni capciosas ni se le hará indicación alguna, así como que el testigo exprese las razones en que basa la identificación.

iv) Se pone de manifiesto la importancia de regular adecuadamente la práctica de la diligencia cuando haya de ser practicada por persona con discapacidad. En este sentido se propone la intervención de expertos en psicología del testimonio que aconsejen y orienten el desarrollo de la diligencia. En delitos de naturaleza violenta, el reconocimiento en rueda puede perturbar la estabilidad emocional de la persona por lo que es conveniente que en esta diligencia la víctima se encuentre acompañada de la persona que designe.

Se valora negativamente el apartado tercero del art. 308 ALECrím (quien dirija la diligencia de reconocimiento en rueda no podrá conocer la identidad del sospechoso), proponiéndose su supresión.

El fiscal director de la investigación que ha acordado la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda ha de dar las instrucciones necesarias para que se lleve a efecto velando por el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley y el respeto a las garantías de la persona sospechosa, lo que obviamente exige que conozca su identidad. La necesidad de conocer la identidad del sospechoso es evidente en las ruedas de reconocimiento practicadas durante la guardia de detenidos. Es el fiscal director de la investigación quien debe



determinar las personas que componen la rueda, valorar si tienen rasgos físicos semejantes al sospechoso, si coinciden con los expresados por el testigo y debe estar presente en su práctica para comprobar que se cumplen las formalidades establecidas en la ley y atender a las observaciones que haga la defensa en su caso. En este sentido, deben extremarse las precauciones en su práctica para garantizar que se realiza sin sugerir al testigo, pero en modo alguno cabe mantener una regulación que determine la nulidad de la prueba por el mero conocimiento previo de la identidad del sospechoso por el fiscal instructor, previsión que carece de fundamento.

Carece de todo sentido dudar de la imparcialidad de quien, como miembro del Ministerio Fiscal, tiene por misión la defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos (art. 124 CE, art. 1 EOMF) y por principio el de la imparcialidad (por el que actúa con plena objetividad e independencia en la defensa de los intereses que tiene encomendados ex art. 7 EOMF). Atributos legales que, por el contrario, no se hallan presentes en el funcionario de Fiscalía al que encomendaría su práctica, teniendo en cuenta además que el abogado del sospechoso, que ha de estar presente durante toda la diligencia puede hacer cuantas observaciones, protestas o manifestaciones tenga por oportuno, que se harán constar en el acta y que dado que la diligencia debe ser grabada, quedará constancia de todo lo que en ella suceda, de modo que resultará conjurado cualquier riesgo de sesgo del investigador.

Se valora positivamente la previsión de grabación en soporte audiovisual apto para su reproducción, cuya posibilidad de que se lleve a la práctica debe garantizarse en todo caso, de modo que todas las fiscalías cuenten con los espacios y con los medios técnicos necesarios para realizar la grabación. La diligencia debe quedar documentada mediante la grabación por los medios técnicos adecuados con firma electrónica del fiscal director u otros medios que garanticen la autenticidad y la integridad de lo grabado (en los términos de los arts. 146, 147 y 187 LEC, con los que debe concordarse, sin necesidad de la



presencia de letrado de la administración de justicia). La grabación, junto con el acta sucinta firmada, debe quedar documentada en las actuaciones e incorporarse al expediente en los términos del art. 150.2 ALECrím y a los efectos previstos en el art. 629.2.b) y 3 ALECrím, al tratarse de una diligencia del procedimiento de investigación no reproducible que ha de ser ratificada en el acto de juicio oral.

En el art. 309 ALECrím se introduce la regulación del reconocimiento por imágenes grabadas que, en principio, se valora positivamente ya que es una opción en los casos de negativa de la persona sospechosa a formar parte de la rueda o en los frecuentes supuestos de no encontrar personas de aspecto semejante para realizar la diligencia. Es también una opción adecuada para determinadas víctimas especialmente impresionables o sugestionables por la presencia física cercana de la persona investigada, así como en los casos de testigos en situación de vulnerabilidad. No obstante, se desaprueba la vaguedad de los términos en que está planteada su regulación que no aborda la problemática de la obtención de imágenes que pueden afectar a la intimidad de la persona investigada y de terceros ajenos a la investigación, ni las dificultades —intuimos que insalvables— para su práctica ya que no se contará con grabaciones del sospechoso y de otras personas de aspecto semejante y en «una situación similar».

El art. 310 ALECrím regula la identificación inmediatamente posterior a la comisión del delito, diligencia de investigación policial dada la inmediatez de su práctica a la comisión del hecho delictivo, recogiendo el precepto criterios para su realización que se valoran positivamente. No obstante, el apartado 3 prevé que la diligencia sea grabada (grabación no exenta de dificultades atendiendo a las prescripciones y a la forma en que ha de realizarse conforme al apartado 2), pero se omite la necesaria documentación de la diligencia, incluso en caso de que sea negativa, mediante la extensión de un acta que habrá de ser firmada por el testigo.



Se considera innecesario el apartado 4, proponiéndose su supresión, habida cuenta de que, si una persona resulta identificada, se convierte en sospechosa y continúa el procedimiento contra ella en la forma establecida en el Anteproyecto; si se procede a su detención, se le nombrará abogado y gozará de los derechos recogidos en el art. 207 ALECrím y, por tanto, podrá tener acceso a las actuaciones.

En relación con la identificación fotográfica (art. 311), sin perjuicio de las observaciones que se recogen a continuación, se valora positivamente la introducción de su regulación en la ley procesal, medio de identificación del presunto autor de un hecho delictivo que no se encuentra regulado en la ley procesal vigente.

En relación con el apartado 1 del art. 311 ALECrím, cabe objetar que, aun partiendo del carácter subsidiario de la identificación fotográfica, de modo que debe acudir a este medio de identificación cuando no exista un sospechoso como autor de los hechos, pues si existen indicios sobre una persona determinada debe llevarse a cabo directamente la identificación mediante rueda de reconocimiento, sin embargo, existen supuestos justificados en los que es necesario practicar identificación fotográfica, bien porque aun existiendo sospechoso este se ha sustraído a la acción de la justicia, bien porque se niega a la práctica de la diligencia o, por su actitud, impide que la rueda pueda practicarse en forma adecuada, o no está disponible para participar en una rueda de reconocimiento (sin perjuicio de que en estos supuestos se prevea que el reconocimiento fotográfico se realice en presencia de letrado), o bien en atención al miedo o a la inseguridad de las víctimas a enfrentarse en una rueda con sus agresores.

En relación con los apartados 2 y 3 se considera procedente introducir todas las garantías y cautelas que ha venido señalando la jurisprudencia en la práctica de la diligencia de reconocimiento fotográfico para evitar cualquier



sesgo por parte de los funcionarios que la practican o sugestión hacia el testigo, en aras de garantizar la fiabilidad del reconocimiento de modo que, como se decía antes, se eliminen las prevenciones del legislador en cuanto a la contaminación del testigo. En este sentido, recordamos la STS 444/2020, de 14 de septiembre, cuando afirma:

*El reconocimiento fotográfico ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional como herramienta policial idónea para orientar la investigación con el objetivo de lograr la identificación que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.*

*Tal consideración no implica que las identificaciones fotográficas realizadas en sede policial no hayan de estar sometidas a determinados presupuestos de método. Existen factores intraprocesales que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores. La diligencia quedaría gravemente viciada si los funcionarios policiales dirigieran a los participantes en la identificación cualquier sugerencia o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.*

*Dijimos en la STS 675/2015, de 10 de noviembre, con cita de otros precedentes, que el reconocimiento fotográfico debe hacerse mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación, aunque no puede prescindirse de las circunstancias concretas del caso. Y ha de tenerse en cuenta, en palabras de la STS 1034/2010 de 24 de noviembre, que la fotografía como medio de identificación en el proceso penal*



*ofrece otras posibilidades, más allá de la tónica de la exhibición prospectiva de álbumes con retratos de personas tomados en sede policial con ocasión de la detención. Y que, al respecto, no se trata tanto de cumplir con un determinado régimen de formalidades tasadas, como de verificar si ese instrumento se ha usado con racionalidad y de un modo que, respetuoso con los derechos de los afectados, asegure la calidad del resultado. O lo que es lo mismo, si en atención a la forma de elaboración del reportaje fotográfico, sus características y la modalidad de uso, permiten otorgar crédito a la determinación de la identidad de aquéllos.*

Así, se propone introducir en la regulación del precepto que cuando sean varios los testigos, además de realizarse la identificación fotográfica de forma separada con cada uno de ellos, se procure su incomunicación para evitar posibles influencias; debe regularse también que los funcionarios policiales se abstengan de dirigir sugerencias o indicaciones a los que participen en la identificación.

Sobre el párrafo segundo del apartado 3 cabe señalar que en caso de que las ruedas de reconocimiento realizadas por los testigos con la persona sospechosa inicialmente reconocida fueran negativas, nada obsta, de ser necesario, a la práctica de la identificación fotográfica con los testigos que no llegaron a practicarla.

En relación a la documentación en acta que se regula en el apartado 4, se propone que se prevea también para esta diligencia su grabación para garantizar que se cumplen todas las cautelas y formalidades establecidas en la ley.

Concluye el Capítulo I abordando en el art. 312 la regulación del valor de la identificación. No cabe duda de que los medios de identificación visual de la persona investigada podrán tener acceso al acto de juicio oral mediante los medios probatorios establecidos en la ley (y necesariamente en muchos casos



deben acceder, puesto que, como se ha dicho antes, no se trata de una diligencia reproducible, esto es, que pueda practicarse en el plenario, salvo el reconocimiento en el mismo —con los inconvenientes del mismo: tiempo transcurrido desde los hechos, doble victimización—) y cuya valoración corresponde en todo caso únicamente al órgano judicial enjuiciador, por lo que se valora negativamente el precepto y se interesa su supresión.

En caso de que la identificación se practicara sin respetar las normas procesales, se trataría de una diligencia obtenida de forma irregular pero no de una prueba ilícita (siempre que no se hubieran vulnerado derechos fundamentales de la persona investigada) y, conforme al art. 238.3 LOPJ, sería nula solo cuando se hubiera producido indefensión material.

Se distingue por la doctrina y jurisprudencia entre prueba ilícita —obtenida con vulneración de derechos fundamentales— y prueba irregular —obtenida con infracción de la legalidad ordinaria—. La solución procesal de este segundo grupo de casos debe reconducirse siempre a las previsiones que contiene el art. 238.3 LOPJ, en cuya virtud «[l]os actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: [...] Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión».

Debe, así, prestarse especial atención a que el art. 238.3 LOPJ —a diferencia del art. 11.1 LOPJ— condiciona la nulidad de la actuación desarrollada con contravención del ordenamiento jurídico a la efectiva indefensión asociada a la vulneración de la norma procesal violentada, indefensión que para producir tan gravoso efecto procesal deberá reputarse de carácter material. Pues, como recuerda, entre otras, la STC 164/2005, de 20 de junio, «[...] con arreglo a consolidada doctrina de este Tribunal "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con



una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" ( STC 185/2003, de 27 de octubre , FJ 4 y las que cita), pues "no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico- constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución, ya que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto -o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento" ( STC 37/2003 , FJ 5, entre otras)».

En este sentido, la STS 496/2020, de 8 de octubre (en similares términos *vid.* SSTS 463/2020, de 21 de septiembre, 269/2020, de 29 de mayo; 66/2020, de 20 de febrero, citando las más recientes), señala que «no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real para los intereses de la persona afectada (...) La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, y en su manifestación más trascendente, en la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95, 91/2000, 109/2002)».

En definitiva, como dispone la STS 822/2008, de 4 de diciembre, «el reconocimiento informal durante la investigación policial, en términos que



supuestamente no garanticen plenamente la neutralidad de la investigación y la fiabilidad de la identificación, impide que dicha diligencia pueda alcanzar, como tal, eficacia probatoria, ni aun excepcionalmente, pero no invalida el testimonio que pueda practicarse, con plenitud de garantías, como prueba de cargo en el acto del juicio oral». E insiste afirmando «como ha expresado reiteradamente esta Sala (p. ej. STS 4 de marzo de 1997) "la enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1 de la LOPJ, determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los supuestos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que como dispone expresamente el citado precepto y ha reiterado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, se concretan en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, y no se extiende a supuestas infracciones de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones indirectas del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución Española, pues este precepto no autoriza a constitucionalizar toda la normativa procesal».

Por último, debe señalarse que no aborda el prelegislador la regulación de otros medios de identificación no visual de la persona investigada como la identificación a través de grabaciones videográficas mediante la utilización de medios tecnológicos, la identificación *lofoscópica* o el reconocimiento de voces.

Este proyecto junto con los anteriores medios de identificación no visual ha omitido la identificación biométrica remota a través de sistemas de inteligencia artificial.

Considera el Consejo Fiscal de especial importancia abordar una regulación del uso de la inteligencia artificial en el sistema penal, siguiendo los principios de la «Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales», elaborada en diciembre de 2018 por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa de respeto a los



derechos humanos, no discriminación, calidad y seguridad y transparencia, principios igualmente recogidos en la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2021 sobre Inteligencia Artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del derecho internacional.

En líneas generales, se considera acertada la regulación de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) de considerar como riesgo intolerable (prácticas de inteligencia artificial prohibidas) la utilización de técnicas de identificación biométrica remota en tiempo real con las únicas excepciones siguientes:

- i) La búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluidos menores desaparecidos;
- ii) La prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de un atentado terrorista;
- iii) La detección, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro.

**§ 53.** El **Capítulo II** (arts. 313 a 316) lleva por rúbrica «la acreditación de la edad y los antecedentes de la persona investigada», aunque incluye además la regulación de la identidad y las circunstancias personales de la persona investigada en determinados supuestos.

Con carácter general, se valora positivamente la modernización y simplificación de la regulación, eliminando aquellas previsiones que habían quedado



obsoletas en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, cabe objetar que no deben limitarse en el Anteproyecto las diligencias que puedan ser acordadas en el curso de la investigación en relación a la acreditación de la identidad y las circunstancias personales del investigado, puesto que en función de la naturaleza de los delitos puede ser necesario practicar o recabar otras no previstas expresamente en el texto del Anteproyecto.

Se formula objeción al apartado 2 del art. 314 ALECrím (determinación de la edad de la persona investigada) por considerar que no es necesario que las diligencias que acuerde el/la fiscal para la determinación de la edad sean autorizadas por el juez de garantías cuando sea precisa una mera inspección (conforme al art. 324 ALECrím, la inspección corporal la realiza la policía judicial directamente) y en caso de intervención corporal leve (como una prueba radiológica, por ejemplo) si el investigado presta su consentimiento, puesto que ello no implica lesión o menoscabo de la integridad física ni de la intimidad de la persona investigada (*vid.* STC 207/1996, de 16 de diciembre). Por tanto, se propone la supresión de la necesidad de autorización por el juez de garantías en tales casos, con remisión a lo dispuesto en el Capítulo IV del mismo Título.

En relación con el art. 315 ALECrím (*acreditación de la identidad de la persona investigada*), se valora positivamente que se recojan medios habitualmente utilizados por la policía como la reseña dactilar y la identificación biométrica por medio de huellas dactilares, si bien debe dejarse abierta la posibilidad de acordar la utilización de otros medios científicos y técnicos de identificación, como la toma de muestras de ADN cuya regulación se aborda en capítulo aparte.

En relación con la incorporación a las actuaciones de los *antecedentes personales de la persona investigada* (art. 316 ALECrím), se propone la supresión del último inciso del apartado 1 («en la que no se incluirán los



antecedentes cancelados»), puesto que a efectos de la investigación el fiscal director de la investigación —y también el juez de garantías en el ejercicio de sus competencias— ha de tener la posibilidad de acceder a los antecedentes cancelados. Tal previsión es contraria a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 136 CP que establece que «[l]as inscripciones de antecedentes penales en las distintas secciones del Registro Central de penados y rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia solo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los jueces o tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente esta última circunstancia». En desarrollo de esta previsión, el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, *por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia*, prevé que en los certificados emitidos desde el Registro Central de Penados dirigidos a jueces y fiscales contengan las condenas canceladas.

Cabe señalar también en relación con el apartado 1 del art. 316 ALECrím que no solo debe prever la incorporación de la hoja histórico-penal de la persona investigada sino también la de toda la información que sobre el investigado se recoja en el SIRAJ, así como los antecedentes policiales cuando fuera necesario al objeto de la investigación, por lo que se interesa la modificación del precepto en tal sentido.

El apartado 2 del art. 316 ALECrím merece una valoración negativa habida cuenta de que no puede quedar al arbitrio de la persona investigada la incorporación a las actuaciones del informe sobre sus circunstancias personales, socio-laborales y familiares, realizado por los especialistas competentes, cuando sea necesario a los fines de la investigación, puesto que en muchos casos puede serlo para acreditar la existencia de elementos del tipo o de circunstancias modificativas de la responsabilidad o para proponer o decidir sobre la adopción de medidas cautelares personales (art. 248.1



ALECrím), de modo que su exclusión por la sola voluntad de la defensa de la persona investigada supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la igualdad de armas previsto en el art. 24 CE. En este sentido, es el fiscal director de la investigación quien debe valorar la necesidad de recabar informe sobre las circunstancias personales, socio-laborales y familiares de la persona investigada o cualquier otra circunstancia que sea relevante no solo en los supuestos que recoge el apartado 2 (acordar el archivo por razones de oportunidad, aplicar las reglas de conducta establecidas en esta ley o en el Código Penal y, en su caso, graduar la pena conforme a la culpabilidad del autor), sino siempre que sea necesario a los fines de la investigación en función de las circunstancias del caso.

Merece llamar la atención sobre el hecho de que el Anteproyecto presupone la existencia de equipos psico-sociales dependientes de las fiscalías y, por tanto, debe acompañarse la reforma con las previsiones oportunas para la creación de tales equipos técnicos dependientes del Ministerio Fiscal, actualmente solo existentes en las *fiscalías de menores*.

**§ 54.** El **Capítulo III** (arts. 317 a 323) aborda la declaración de la persona investigada, prueba de carácter personal de gran importancia procesal, en que el/la investigado/a es fuente de prueba y su declaración, en caso de producirse, si bien es esencialmente un medio de defensa, es también medio de prueba que puede coadyuvar al esclarecimiento de la verdad y, en todo caso, debe rodearse de todas las garantías para su práctica.

En este sentido, se valora positivamente la introducción en los arts. 317, 318 y 319 ALECrím de garantías para su realización relativas al plazo entre la citación de la persona investigada y la celebración de la declaración, información de los derechos que le asisten en su declaración, a la asistencia de abogado y a las reglas en cuanto a su práctica con pleno respeto a los derechos constitucionales: guardar silencio, no declarar contra sí mismo y no confesarse



culpable previstos en el art. 24.2 CE. Se hacen, no obstante, las siguientes observaciones:

i) La remisión del apartado 1 del art. 317 ALECrím en cuanto a la primera comparecencia de la persona investigada debe hacerse al art. 557 ALECrím.

ii) En el apartado f) del art. 318 ALECrím no se considera necesario recoger que la persona investigada tiene derecho a que su declaración conste de manera fidedigna desde el momento en que el art. 321 ALECrím prevé su grabación.

iii) Se considera innecesario especificar en el apartado 3 del art. 319 ALECrím que no está permitida la administración de sustancias, fármacos o procedimientos que alteren la conciencia, la voluntad o la libertad de decidir en el momento de declarar, ni la prohibición del uso de la hipnosis, el engaño y la promesa de ventajas que no estén previstas en la ley, toda vez que ya está implícito en la prohibición de utilización de medios o métodos coactivos, sin perjuicio de que compartamos la necesidad de velar por el obligado respeto a la libertad, la dignidad y la integridad física de la persona sospechosa/investigada, que no pueden verse vulnerados mediante la utilización de tales métodos. Y, en todo caso, cuando la utilización de los mismos revista carácter delictivo debe asegurarse la persecución y completa investigación de los hechos. Sin embargo, su incorporación al texto del Anteproyecto (sin que se haya abordado con anterioridad por el legislador su regulación) supone una vez más la plasmación de una desconfianza infundada del prelegislador hacia los miembros del Ministerio Fiscal que precisamente tienen por misión la defensa de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía.

No se comparte, por otro lado, el rechazo por extensión a todo tipo de técnicas de determinación de la credibilidad de la declaración, lo que, en definitiva, no es otra cosa sino el objetivo final del órgano de enjuiciamiento en el momento



de valorar su declaración. Por ello, no parece justificada la exclusión *a limine* de técnicas como el *brain fingerprinting* o P300, ya utilizado al menos en dos procedimientos judiciales en España, incluso como técnica investigadora, pues si bien puede entenderse que exista recelo a una tecnología desconocida por los usos forenses, cuyas conclusiones se encuentran aún en fases incipientes, no debe cerrarse la posibilidad futura de su utilización, con todas las cautelas y pleno respeto a los derechos a la intimidad de la persona sometida a la misma y a no declarar contra sí mismo.

iv) En relación con la regulación del lugar de la declaración, el art. 320 ALECRim prevé como regla general que la declaración se lleve a efecto en las dependencias donde la fiscalía tenga su sede. En consecuencia, cabe destacar que todas las sedes de fiscalía deben contar con los espacios necesarios para recibir declaración (una sala por equipo fiscal) dotados de los medios técnicos necesarios para grabación y videoconferencia.

Se propone la introducción de la posibilidad de que se reciba declaración al investigado en el lugar de los hechos cuando el fiscal director de la investigación lo estime conveniente a los fines de la misma como prevé el art. 399 LECrim.

Sobre la documentación de la declaración que se regula en el art. 321 ALECRim, la previsión de la extensión de un acta amplia de la declaración al tiempo que se realiza su grabación puede dar lugar a discordancias entre el contenido reflejado en el acta escrita y el contenido de la grabación, no siendo acorde la regulación con las previsiones del art. 230 LOPJ y de los arts. 146 y 147 LEC.

Se valora positivamente la transcripción íntegra del contenido de la grabación cuando lo acuerde el/la fiscal o cuando lo solicite alguna de las partes como se prevé en el apartado 3. Ahora bien, sin perjuicio de mantener esa previsión



para el caso de que no pueda realizarse por medios técnicos, debe contemplarse la utilización de los medios tecnológicos necesarios que permitan la grabación de la declaración, el establecimiento de parámetros en la grabación y su transcripción o textualización automática, así como la firma integrada en soporte digital, que habrán de ser facilitados por las administraciones prestacionales competentes, medios técnicos de grabación y textualización cuya utilización ya está prevista en el proceso de digitalización de la justicia actualmente en desarrollo.

En cuanto al segundo párrafo del apartado 3, se propone la supresión del primer inciso puesto que puede ser necesario librar testimonio de la declaración de la persona investigada (y en consecuencia del soporte en que se ha grabado) para su utilización en investigaciones relacionadas con otros hechos delictivos, o en caso de inhibiciones o acumulaciones, sin perjuicio de que se reciba nueva declaración al investigado en tales casos.

Asimismo, la prohibición de realización de nuevas copias de la grabación y la obligación de devolución de la copia una vez ya no resulte necesaria no pasan de ser previsiones de difícil, sino imposible, control en cuanto a su cumplimiento, por lo que se propone su supresión. Es en el art. 147 ALECrím en el que deben regularse las consecuencias de revelar indebidamente el contenido de las diligencias de investigación previendo la imposición de las sanciones correspondientes.

Si partimos, además, de la implantación plena del expediente electrónico, las partes autorizadas podrán acceder directamente al contenido del expediente, concretamente al contenido de los videos que estén indexados en el mismo y, por consiguiente, no será necesaria la entrega de copias. Se valora, en consecuencia, negativamente la regulación de la documentación de la declaración desde la perspectiva anacrónica de la existencia de un expediente en *papel*.



En relación con la valoración de la declaración de la persona investigada señala la exposición de motivos:

*La declaración prestada ante el fiscal y la policía carece en el nuevo modelo de todo valor. Al tratarse de un mero acto de investigación, su contenido no será testimoniado de oficio en el expediente para el juicio oral. Las partes podrán solicitar el testimonio para su propio uso pudiendo, a lo más, utilizarlo para evidenciar las contradicciones en las que incurra la persona acusada en la declaración que eventualmente preste en el plenario, como será expuesto en su momento.*

*No teniendo la declaración valor alguno, para que el reconocimiento de hechos realizado en la fase de investigación pueda ser llevado válidamente al acto de juicio oral -y para que pueda fundar, así, la convicción del tribunal a efectos de dictar una sentencia condenatoria-, será necesaria una confesión judicial efectuada de acuerdo con lo previsto en el incidente de aseguramiento de fuentes de prueba.*

Sin embargo, este contenido de la exposición de motivos no tiene reflejo en el articulado del Anteproyecto que no permite la lectura de contraste de las declaraciones de la persona investigada en fase de investigación, dado que art. 685 ALECrím permite la lectura de contraste y aportación al acta de las declaraciones de testigo —no del investigado—, lectura que estaría expresamente prohibida en el art. 686 ALECrím.

Se discrepa en cuanto a la falta de todo valor de la declaración del investigado ante el fiscal, dado que, si bien se aborda su regulación fundamentalmente como un medio de defensa, no cabe duda de que es a la vez un acto de investigación y un medio de prueba que ha de tener acceso al acto de juicio oral al objeto de poder valorar la existencia de contradicciones entre las declaraciones realizadas durante la investigación y las que, en su caso, preste el acusado ante el órgano de enjuiciamiento en el acto del juicio oral.



Es habitual en la práctica que el contenido de las declaraciones del acusado en el juicio oral sea diferente e, incluso, contradictorio en relación a las prestadas en fase de investigación. Respecto a las posibles divergencias, hay que señalar que el Tribunal Supremo viene considerando que las declaraciones sumariales pueden ser también tenidas en cuenta por el órgano sentenciador a la hora de formar su convicción, de modo que corresponde al órgano judicial valorar y contrastar unas y otras, aceptando en último término las que considere más verosímiles y convincentes, en el ejercicio de la facultad que se le confiere en el art. 714 LECrim. Y ello porque «puede ocurrir, y de hecho sucede con frecuencia, que, por la razón que sea, ofrece mayor credibilidad lo declarado en el trámite de instrucción que lo manifestado después, y si existieran varias diligencias sumariales tal credibilidad puede otorgarse a unas u a otras», y así resulta erróneo «pretender que el tribunal que juzga a una persona determinada, para la redacción de los hechos que reputa probados, forzosamente tiene que partir de lo que el acusado manifiesta en el juicio oral prescindiendo de las declaraciones hechas antes con las debidas garantías de autenticidad. La libertad de valoración de prueba abarca necesariamente la posibilidad de otorgar mayor, menor o ninguna fiabilidad a unas u otras entre todas aquellas manifestaciones que una misma persona ha prestado a lo largo del proceso sin que forzosamente haya de prevalecer el contenido de las prestadas en el momento del juicio» (*vid.*, entre otras muchas, STS 16 de noviembre de 1990).

Debe destacarse, además, que el prelegislador obvia el valor que como *contraindicio* se viene dando por los órganos de enjuiciamiento a las declaraciones exculpatorias del investigado. De este modo se establece en la STS de 6 de mayo de 1994 «que pueden ser también fuente de prueba presuntiva los que denominan en la doctrina científica “contraindicios” o “coartada” toda vez que si bien el procesado no ha de soportar en modo alguno la intolerable carga de probar su inocencia, sí puede y debe soportar las consecuencias negativas cuando sus alegaciones exculpativas se muestren



falsas, inconexas o desasistidas de todo soporte probatorio o credibilidad, por lo que tal actitud no puede revelarse como intrascendente o irrelevante en cuanto que viene a reforzar la prueba indiciaria». La STS de 27 de junio de 1989 expresa que «también pueden ser fuentes de indicios los denominados “contraindicios”, ya que si el procesado, que en forma alguna tiene por qué demostrar su inocencia, formula unas alegaciones posteriores que la prueba subsiguiente revela falsas y no acaecidas, tal circunstancia puede servir para corroborar su culpabilidad» y, por tanto, como señala la STC 174/1985, de 17 de diciembre, constituye un dato «que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente».

En este sentido, también cabe recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la eficacia probatoria de las diligencias sumariales que se resume en la STC 336/1993, de 15 de noviembre, que establece que «si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción».

La regulación del Anteproyecto debería acompasarse en este punto con la establecida en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado*, en tanto en cuanto los principios que rigen los distintos procedimientos penales deben ser los mismos. La especialidad probatoria que establece el art. 46.5 LOTJ consiste en garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de la prueba a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado en el acto de juicio oral y ante el juez de instrucción (STC 2/2002) y mediante la incorporación del testimonio de la declaración previa al acta que se entregará al jurado.



La STC 151/2013, de 9 de septiembre, en un caso de procedimiento por jurado en el que la condena se había sustentado principalmente en la valoración de la confesión del acusado ante el juez de instrucción, declaró:

*(...) la interpretación que del art. 46.5 LOTJ efectúan las sentencias impugnadas no vulnera el derecho a la presunción de inocencia invocado por el demandante, ni excede de la competencia correspondiente a los órganos judiciales en el ejercicio de su exclusiva función jurisdiccional (art. 117.3 CE)». (...)*

*La especialidad probatoria que establece el art. 46.5 LOTJ consiste en garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de la prueba a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado en el acto de juicio oral y ante el juez de instrucción (STC 2/2002, FJ 7) y mediante la incorporación del testimonio de la declaración previa al acta que se entregará al jurado. Dicha excepción constituye una singularidad en la práctica de la prueba, como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal en sus alegaciones y entienden las resoluciones impugnadas, que en modo alguno pueden considerarse vulneradoras del derecho invocado. De este modo el art. 714 LECRIM determina que cuando “la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”; por su parte el apartado primero del art. 46.5 LOTJ indica- refiriéndose expresamente al acusado- que “el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta testimonio que quien interroga debe presentar en el acto» (STS 894/2016, de 29 de noviembre).*

El Tribunal Supremo apoya, por su parte, el valor probatorio de la declaración prestada ante el juez de instrucción en el art. 46.5 LOTJ. Según afirma, «tal previsión permite interrogar al acusado sobre las contradicciones entre lo manifestado en el juicio oral y lo dicho en fase de instrucción —autorizando



expresamente el procedimiento de confrontación del art. 714 LECRIM—; ordena a la vez adjuntar al acta testimonio de la declaración previa, sin darle lectura. Argumenta que dicha posición se ajusta al carácter estructural de los principios de valoración probatoria, que no puede depender de cada modalidad procedimental. Añade que la literalidad del art. 46.5 *in fine* LOTJ, al proclamar que las declaraciones de instrucción son por sí insuficientes para enervar la presunción de inocencia, no contradice este planteamiento. La única discrepancia entre el art. 46.5 LOTJ y los arts. 714.1 y 730 LECRIM afectaría a la forma de introducción de la declaración sumarial. En el primer caso, tras el interrogatorio sobre las contradicciones queda excluido proceder a su lectura, debiéndose unir el testimonio de las declaraciones rectificadas al acta del juicio que será entregada al Jurado antes de que este pronuncie el veredicto. A ello añade que el art. 34.3 LOTJ permite a las partes “pedir en cualquier momento los testimonios que les interesen para su posterior utilización en el juicio oral”. Entre tales testimonios puede encontrarse las declaraciones del imputado en fase sumarial que sirvan para interrogarle con el fin de que el Tribunal del Jurado conozca esa duplicidad de versiones. La decisión de admitir el valor probatorio de las declaraciones prestadas con las debidas garantías de contradicción ante el Juez de Instrucción, introducidas luego en el juicio oral a través del interrogatorio al acusado sobre las contradicciones entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en fase de instrucción no sólo no es irracional, arbitraria o manifiestamente errónea al interpretar la legalidad, sino que es conforme con nuestra doctrina que permite la valoración de las declaraciones sumariales, practicadas con las formalidades legales e introducción en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción» (STS 497/2016, de 9 de junio).

En consecuencia, la inadmisión absoluta en el articulado del Anteproyecto del acceso al acto de juicio oral de las declaraciones vertidas por la persona investigada ante el fiscal director en la fase de investigación, cuando haya declarado voluntariamente en dicha fase con todas las garantías que establece



la ley, supone una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, el prelegislador debe reconsiderar la procedencia de que se permita el acceso al juicio oral de las declaraciones de la persona investigada con el objeto de evidenciar las contradicciones en que incurra la persona acusada en la declaración que eventualmente preste en el plenario, admitiendo expresamente su lectura de contraste.

El art. 322 ALECrím aborda la regulación del reconocimiento de los hechos por la persona investigada que para que pueda tener fuerza incriminatoria ha de ser prestada ante el juez de garantías como prueba anticipada, que tiene acceso al juicio oral en virtud del art. 684.2 ALECrím, que permite la lectura o reproducción de la confesión así obtenida, regulación que se valora positivamente. Al respecto señala la exposición de motivos:

*El incidente de aseguramiento también da cabida a dos supuestos que no obedecen al fundamento general de la institución tal y como acaba de ser expuesto. Se trata de los casos de confesión judicial urgente de la persona investigada y de declaración de personas vulnerables. Ambos se caracterizan por estar desde un principio orientados a acceder al juicio oral, sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba. (...)*

*En lo relativo a la confesión, es evidente que no sería asumible socialmente un sistema que no admitiera, siempre que concurren determinadas condiciones legales, un cierto valor de la que presta la persona encausada antes del juicio. De ahí que se haya establecido para este caso la exigencia de intervención judicial, entendiendo que la presencia del juez constituye el grado máximo de garantía con el que se puede validar la autenticidad de esa confesión.*

*Cuando la persona investigada, que habrá podido entrevistarse con su letrado antes de declarar ante el fiscal, confiese su participación en los hechos, podrá ser llevada ante la autoridad judicial para que reproduzca su declaración autoincriminatoria. Se exigirá siempre la presencia de su letrado -o, en casos de extrema urgencia en los que no pueda ser hallado, la del designado de oficio para asistirle en el acto-. Cuando se haya procedido de este modo, el testimonio de la*



*confesión se incluirá en el expediente de juicio oral y se podrá proceder en todo caso a su lectura en el plenario.*

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la confesión del investigado obtenida con las debidas garantías legales constituye prueba idónea y suficiente para estimar enervada la presunción de inocencia, si bien dado que en la regulación del Anteproyecto corresponde solo a la defensa la proposición de la declaración del acusado como prueba para el acto de juicio oral, puede por tanto no ser llamado a declarar en el plenario y, en consecuencia, no habría posibilidad de que ratificara en ese acto una previa confesión practicada ante el fiscal director de la investigación, de modo que es necesaria la *preconstitución* o aseguramiento de la prueba de confesión ante el juez de garantías y la previsión de su incorporación al acto de juicio oral mediante su lectura como establece el art. 684.2 ALECrím.

Asimismo, en cuanto al reconocimiento de hechos, no se puede olvidar que el realizado por el investigado durante la investigación procesal e, incluso, el realizado ante la policía, tiene importantes consecuencias jurídicas para el mismo al poder dar lugar a la apreciación de la atenuante de confesión prevista en el art. 21.4 CP o a la aplicación del art. 376 CP. Tal reconocimiento de hechos o la colaboración en fase policial o en fase de investigación han de poder ser valorados por el tribunal de enjuiciamiento y, por consiguiente, han de tener acceso al mismo.

Por último, debe preverse también la posibilidad de asegurar o preconstituir la declaración del investigado, en todo caso, en cuanto incrimine o atribuya responsabilidad criminal a otras personas, de modo análogo a la confesión, toda vez que el art. 591.2.d) ALECrím solo prevé la posibilidad de aseguramiento en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 2, esto es, cuando existan fundados motivos para temer que por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no pueda



comparecer la persona investigada en el juicio oral o cuando existan fundados motivos para temer que pueda ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral, por lo que se interesa la modificación del art. 591.2.d) ALECrim en los términos expuestos. Y ello sin perjuicio de la necesidad de que tal declaración inculpativa del coacusado sea corroborada con otros medios de prueba como exige la jurisprudencia.

Como mejora técnica se propone la sustitución en el apartado 1 del art. 322 ALECrim de la expresión «la hará comparecer» por «la citará para comparecer» ante el juez de garantías, dado que los términos en que está redactado el precepto parecen dar a entender una cierta restricción de libertad de la persona investigada que ha mostrado su voluntad de reconocer su participación en los hechos.

Debe concordarse la regulación del aseguramiento del reconocimiento de hechos por la persona investigada contemplada en el apartado 1 del art. 322 ALECrim con el procedimiento para la conformidad regulado en el Capítulo I del Título IV del Libro I, de forma que se evite la reiteración de comparecencias y declaraciones de la persona investigada, primero ante el juez de garantías y posteriormente ante el juez de la conformidad, reiteración innecesaria y que supone una mayor dilación del procedimiento cuando el investigado ha reconocido los hechos y solicita el dictado de una sentencia de conformidad. En este caso debe preverse la presentación de escrito conjunto continuando la tramitación conforme a lo dispuesto en los arts. 170 y ss. ALECrim sin comparecencia ante el juez de garantías.

Cabe resaltar que no contiene el precepto referencia alguna a la confesión de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial. En estos supuestos, se deberán tomar cautelas adicionales para asegurar que el reconocimiento de hechos se hace sin influencias indebidas y con conocimiento de las



consecuencias de dicho reconocimiento. Por tanto, cuando la persona manifieste esa voluntad, deberá ser asistido por la institución de apoyo y por el facilitador a fin de garantizar que lo manifestado se corresponde con su voluntad real, ante la posible confluencia de factores como la deseabilidad social o aquiescencia.

Si bien se valora positivamente la regulación de las declaraciones obtenidas por la policía que aborda el art. 323 ALECrím en cuanto determina la observancia de las garantías establecidas en su práctica en el Anteproyecto, debería precisarse sin embargo cuáles son las normas que deben observarse de forma específica dado que previsiones como la comparecencia ante el juez de garantías en caso de reconocimiento de hechos no son aplicables a la declaración policial.

**§ 55.** El **Capítulo IV** (arts. 324 a 330) aborda el régimen jurídico de las inspecciones e intervenciones corporales, como ya hicieran el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional, regulación que se valora positivamente puesto que viene a paliar el vacío normativo existente, estableciendo la posibilidad de adopción de medidas de intervención corporal que han de contar con habilitación legal, mediante ley orgánica, dada la cualidad de los derechos que se ven implicados, tratándose de derechos fundamentales como la dignidad, la integridad física, la intimidad personal y el derecho a no declarar contra sí mismo.

En relación con las inspecciones corporales (art. 324 ALECrím), se valora positivamente su regulación que sigue la doctrina jurisprudencial sobre la práctica de los cacheos: «es doctrina de esta Sala que la diligencia de cacheo no vulnera ningún derecho fundamental siempre que la actuación policial cuente con amparo legal que, en este caso, es el art. 19.2 LO 1/1992, de 21 de febrero, que autoriza su realización por la policía judicial en su función de



averiguación y descubrimiento de los delitos» (STS 1133/2010, de 21 de diciembre).

En cuanto a sus garantías, el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del TS, han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el art. 17.2 y 3 CE y las meras retenciones o provisionalísimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria o *strictu sensu*, tal y como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación, los cacheos, los controles preventivos o el desplazamiento a dependencias policiales para ciertas diligencias. Y de forma unánime afirma que el cacheo se diferencia de forma esencial de la detención, pues en efecto es cuantitativamente reducido y por esta razón no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo las exigencias previstas en la LECrim para la detención.

Respecto a la forma de practicarla (art. 325 ALECrím), se hace una valoración positiva puesto que incorpora la doctrina jurisprudencial sobre la práctica de las inspecciones corporales con pleno respeto a los derechos a la dignidad y a la intimidad de la persona sometida a la misma y a la prohibición de un trato degradante con proyección sobre todo en el momento de ejecución de la medida.

Sin perjuicio de ello, se está en desacuerdo con la necesidad de la autorización judicial recogida en el apartado b), cuando la persona que va a ser sometida a inspección preste su consentimiento: «cuando sea precisa la observación directa o la exploración de las cavidades vaginal o rectal se requerirá siempre la previa autorización judicial, que el fiscal deberá solicitar exponiendo las razones que justifican la petición. Estas inspecciones siempre se llevarán a cabo por personal sanitario».



Se propone introducir la facultad del fiscal de acordar la práctica de la inspección corporal de zonas íntimas sin necesidad de autorización judicial cuando se cuente con el consentimiento de la persona afectada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que es garantía de las cavidades naturales del cuerpo, boca, ano y vagina, la intimidad corporal, si bien la afectación de la intimidad no exige siempre como presupuesto previo autorización judicial. Por tanto, en los casos en que la persona afectada preste su consentimiento a la inspección, no es necesaria la previa autorización judicial.

Debe regularse la documentación de la diligencia de inspección previendo la posibilidad de incorporar fotografías del cuerpo, por ejemplo, de tatuajes, lunares o manchas, preservando el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona.

En cuanto a las intervenciones corporales se hace una valoración positiva de la regulación respecto a la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de la persona sospechosa/investigada (derecho a la integridad corporal, derecho a la dignidad, derecho a la intimidad) y la actividad probatoria en averiguación del delito mediante la consecución de elementos o datos útiles para la investigación o la prueba de los hechos objeto de investigación.

El distinto régimen jurídico entre las intervenciones corporales leves y graves sigue la jurisprudencia y la doctrina constitucional en la materia. En este sentido, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, distingue entre intervenciones corporales graves y leves atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho; así, serán leves, cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes no sean objetivamente consideradas susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos



del cuerpo (pelo o uñas) o, incluso, de algunos internos (análisis de sangre); y graves, en caso contrario (punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.); afirmando que las intervenciones leves, de mediar el consentimiento de la persona afectada, no exigen la intervención judicial en su ejecución.

Se propone, no obstante, la introducción de la posibilidad de que se acuerde la práctica de la inspección, reconocimiento o intervención corporal por el fiscal director de la investigación, aun sin consentimiento de la persona investigada, en casos de urgencia o necesidad en los que la demora pudiera frustrar el resultado de la diligencia, dando cuenta posteriormente al juez de garantías de su realización, habida cuenta la compatibilidad con la Constitución española de la autorización no judicial de una medida limitativa de derechos siempre que se prevea un control judicial posterior a esa autorización. En este sentido, la STC 70/2002, de 3 de abril, establece:

*Constituye, igualmente, doctrina reiterada de este Tribunal, que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho ( SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6 ; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 ; 98/2000, de 10 de abril , FJ 5, 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 ; 156/2001, de 2 de julio , FJ 4).*

*Precisando la anterior doctrina, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre , FJ 4, establecimos como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal"); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien*



*reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto.(...)*

*En cuanto a la necesidad de autorización judicial, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del art. 18.2 CE o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 CE ), respecto de las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE ) no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial. No obstante, en la STC 37/1989, de 15 de febrero, en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, establecimos que era "sólo posible por decisión judicial" (FJ 7), aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (FJ 8). La STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, respecto de la anterior doctrina, afirma también que "la exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial, para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.*

A este respecto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su STS 777/2013, de 7 de octubre, señala:



*¿Es necesario que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez? La respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan leer poco meditadas aseveraciones en ese sentido. Hay casos en que puede hacerlo la Policía judicial de propia autoridad. En muchos supuestos -no todos- si concurre un consentimiento libre (por ejemplo, una exploración radiológica). En otros, incluso coactivamente (cacheos externos). No puede proclamarse precipitadamente el monopolio jurisdiccional como requisito indispensable de toda afectación de un derecho fundamental: la legitimidad constitucional de la detención policial es prueba clara de lo que se afirma. Ni siquiera sería totalmente exacto afirmar que ese es el principio general, solo excepcionado cuando la ley autorice a la policía expresamente. Actuaciones como la obligación a expulsar unas bolsas de la boca (STS de 25 de enero de 1993) o la toma de huellas dactilares (STS de 12 de abril de 1992) pueden resultar admisibles sin necesidad de una previa validación judicial ni de una ley específica habilitante. Será necesaria la previa intervención judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan (registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). La afectación de un derecho fundamental por sí sola no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal (vid SSTC 206/2007, de 29 de septiembre, ó 142/2012, de 2 de junio ...). Que una actuación pueda menoscabar la intimidad -registro de una maleta o unos papeles- no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no. Por eso la constatación de la incidencia de la medida -análisis químico- en la intimidad no comporta automáticamente previa habilitación judicial inexcusable. Como no necesita autorización judicial el interrogatorio de un testigo por la policía a fin de averiguar datos precisos para una investigación, aunque haya afectación de la privacidad propia o de otras personas (preguntar sobre alguna de sus actividades, si el interrogado estuvo con determinada persona, tipo de relaciones mantenidas con ella...). No es que se quiera equiparar uno y otro tipo de diligencias. Es obvio que no son equiparables. Esta consideración se hace a los únicos efectos de destacar que no es legal ni constitucionalmente correcta la ecuación afectación de la intimidad-necesidad inexcusable de previa habilitación judicial. La incidencia en*



*la privacidad no lleva a cuestionar que pueda recibirse declaración a un testigo por la policía como medio de averiguación del delito, sin necesidad de previa autorización judicial motivada, ni de ningún otro requisito especial. Ni siquiera cuando ese interrogatorio, por exigencias de la investigación, conduce a adentrarse en reductos más sensibles de la privacidad.*

Por consiguiente, se propone la introducción de la facultad del fiscal director de la investigación para acordar la práctica de la inspección de zonas íntimas (a que se ha hecho referencia más arriba) y de intervenciones corporales, ya sea grave o leve, en casos de necesidad o urgencia, aun sin consentimiento del afectado, con respeto siempre a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (de forma análoga a la autorización judicial que ha de contemplar los mismos principios).

El apartado 3 del art. 326 ALECrím debe matizarse puesto que al prever la utilización de las sustancias o muestras biológicas obtenidas a partir de una intervención corporal solo para los fines de la investigación en la que fueron obtenidas, interpretado el precepto en sus estrictos términos, podría obstaculizar la utilización en otras investigaciones de los perfiles de ADN obtenidos a partir de las muestras extraídas, cuyo uso es posible a partir de la consulta de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, siendo precisamente esa la finalidad y objeto de la creación de esta base de datos mediante LO 10/2007, de 8 de octubre, que introduce la viabilidad de poder emplear los datos de la base de datos en el proceso de investigación de un hecho punible distinto del aquel en que se consiguieron los datos.

No se considera tampoco procedente la previsión del art. 326.3 de que se acuerde «su destrucción tan pronto dejen de resultar necesarias» por su falta de precisión en cuanto al momento y la autoridad competente para acordar la destrucción y por no ser acorde con lo dispuesto en el apartado 4 del art. 338 ALECrím.



En cuanto a las intervenciones corporales leves realizadas con consentimiento de la persona afectada, en el apartado 1 del art. 327 ALECrim debe constar expresamente que corresponde acordar su práctica al fiscal director de la investigación, tanto cuando se realice por el médico forense como por personal cualificado de la policía judicial, sin perjuicio de que en casos de urgencia, en los que el retraso en la ejecución de la medida podría frustrar el resultado positivo de la misma, pueda adoptarla la policía judicial dando cuenta de su realización al fiscal director de la investigación.

En relación con la ejecución coactiva (art. 329 ALECrim), debe constar de forma expresa la intervención del fiscal director de la investigación a quien corresponde la iniciativa para que se proceda a la imposición del cumplimiento forzoso por el juez de garantías cuando la persona investigada se oponga a la intervención y concurren los presupuestos de necesidad y proporcionalidad que recoge el precepto, en el mismo sentido indicado más arriba.

Dado que permite la adopción de medidas para la realización de la diligencia contra la voluntad de la persona afectada que implican la posibilidad del uso de la fuerza (como la utilización de medidas de inmovilización), deben extremarse las cautelas, de modo que se considera necesario establecer que la resolución judicial, además de autorizar motivadamente el uso de la medida coactiva concreta de que se trate, debe precisar en cuanto a su ejecución que no resulte desproporcionada según las circunstancias concretas del caso y respetuosas con su dignidad, puesto que un exceso en su ejecución que no viniera amparado por el principio de proporcionalidad devendría en una injerencia prohibida en la interdicción de tratos degradantes y, por tanto, vulneradora del art. 15 CE.

En relación a las inspecciones o intervenciones corporales sobre personas no investigadas (art. 330), cabe señalar en principio que sistemáticamente no



parece acertado comprender este precepto en el título dedicado a la regulación de los medios de investigación relativos a la persona investigada.

El apartado 2 del art. 330 ALECrim debe matizarse puesto que no debe comprender a «las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente» sino a personas con discapacidad, y debe concordarse con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 337 ALECrim y distinguir, por tanto, entre menores de 14 años y personas que no comprendan el alcance de la diligencia, en cuyo caso será necesario el consentimiento de su representante legal, y mayores de 14 años y personas con discapacidad que puedan comprender el significado y finalidad de la diligencia, que podrán prestar el consentimiento asistidos por su representante legal. De la literalidad del precepto se deduce que cabe la ejecución forzosa en caso de que la persona investigada no preste su consentimiento, a diferencia de la regulación establecida en el art. 336.2 ALECrim para la obtención de muestras biológicas a los fines de obtener un perfil de ADN, debiendo concordarse ambos preceptos, si bien se considera que no cabe imposición coactiva si se trata de la víctima del delito ni en los supuestos previstos en el apartado 3.

Por último, adolece el capítulo de la necesaria regulación de la documentación de la diligencia de inspección y de intervención corporal al objeto de dejar constancia en las actuaciones del consentimiento de la persona afectada, en su caso, de su práctica y de su resultado, distinguiendo entre aquellas que permiten la obtención del cuerpo del delito y aquellas que suponen obtener fuentes de prueba.

**§ 56.** En el **Capítulo V** (arts. 331 a 333) se aborda la regulación de la observación psiquiátrica y del internamiento para observación como diligencia de investigación. Como señala la exposición de motivos, la observación psiquiátrica inspirada en la Ordenanza procesal alemana responde, en realidad, a una doble finalidad: determinar la imputabilidad penal de la persona



sometida a investigación y evaluar su capacidad de ser sometida al proceso. Así como las medidas cautelares o las medidas de seguridad pueden conllevar un internamiento obligado para la persona, sin embargo, difieren claramente en su fundamento, pues la observación psiquiátrica va dirigida a realizar una evaluación de las capacidades de la persona en la fase de investigación.

Debe, por tanto, acomodarse su regulación a lo establecido en la Sección 3ª del Capítulo II (*la persona encausada con discapacidad*) del Título II del Libro I. El apartado 1.d) del art. 70 ALECrím prevé la posibilidad de que el fiscal o la policía, tan pronto como sospechen que la persona investigada padece alguna discapacidad que pueda afectar a su participación eficaz en el proceso, acuerden el reconocimiento médico o psicológico por los facultativos de la clínica médico-forense, a fin de que se identifique su discapacidad, alcance y necesidades específicas. Si bien tal medida está encaminada a determinar la capacidad procesal del investigado y la necesidad de asistencia para determinados actos procesales, igualmente sus conclusiones pueden servir para determinar la imputabilidad penal de la persona investigada en determinados casos.

En tal supuesto, no sería precisa la práctica de un nuevo examen médico, sin perjuicio de que se considere necesario proceder a la observación psiquiátrica prevista en el art. 332 ALECrím. Se propone que el art. 331 ALECrím prevea que se acuerde su reconocimiento o examen médico o psicológico por los facultativos de la clínica médico forense, cuando no se hubiera efectuado previamente, además de recabar la información médica conforme a lo establecido en el art. 491 ALECrím cuando hubiese recibido tratamiento psiquiátrico con anterioridad, información médica que habrá de ser puesta a disposición del médico forense para la emisión de su informe.



En cuanto a su régimen, en el párrafo segundo del art. 331 ALECrím debe especificarse que ha de tratarse de un médico especialista en psiquiatría o facultativo de la clínica médico forense.

En caso de que se estime necesaria una observación más prolongada en el tiempo, el Ministerio Fiscal podrá interesar del juez de garantías el internamiento en centro adecuado para la «custodia, observación y tratamiento».

En cuanto al internamiento en establecimiento adecuado para determinar la capacidad de la persona investigada, se trata de una medida restrictiva de derechos que comporta privación de libertad y, por tanto, será necesaria autorización judicial que habrá de valorar su adopción de acuerdo los principios informadores de los actos que implican restricción de derechos fundamentales en el seno del proceso penal conforme a los requisitos establecidos en el art. 6 del Anteproyecto. Esos requisitos se refieren a la habilitación legal, es decir, que esté expresamente previsto en la presente ley, su carácter idóneo y adecuado para conseguir los fines legalmente previstos, proporcionalidad y subsidiariedad, estableciendo el párrafo segundo del apartado 1 del art. 332 ALECrím la prevención de que se agoten las posibilidades de evaluación en régimen ambulatorio lo que se valora positivamente.

En relación al párrafo segundo del art. 332 ALECrím, habría que precisar que es necesaria la asistencia de la institución de apoyo conforme a los arts. 65 y siguientes y de su representante legal en su caso.

**§ 57.** El **Capítulo VI** (arts. 334 a 339) aborda la regulación de las investigaciones mediante marcadores de ADN, que merece una valoración positiva pues supone un avance respecto a la dispersa regulación de la actual ley procesal.



Se valora positivamente la regulación de la recogida y obtención de vestigios biológicos contenida en el art. 334 ALECrím en cuanto a la incorporación al texto del Anteproyecto de un protocolo que garantice la autenticidad, inalterabilidad y la cadena de custodia de las muestras o vestigios recogidos.

No obstante, debe precisarse que la diligencia de recogida de vestigios biológicos puede ser un acto de investigación realizado por la policía judicial (art. 539.5ª ALECrím) o puede acordarla el fiscal director de la investigación para que la efectúe la policía judicial, el médico forense o personal facultativo cualificado (en el curso de la diligencia de inspección ocular —arts. 436 a 443 ALECrím— en la que podrá estar presente o no el fiscal a los efectos de dirigir la actuación de la policía judicial), por lo que debe modificarse el apartado 1 en este sentido.

En el apartado 2, letra a), debe incluirse a médicos forenses y al personal facultativo del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

La toma de muestras de la persona investigada (art. 335 ALECrím) se valora negativamente en tanto en cuanto la decisión sobre la práctica de la diligencia de toma de muestras del investigado, para comparar su perfil genético con las muestras biológicas obtenidas en el curso de la investigación, corresponde al fiscal director de la investigación y precisaría autorización del juez de garantías solo en caso de que la toma de muestras haya de hacerse directamente sobre el cuerpo de la persona investigada y esta no preste su consentimiento (se trata de una intervención corporal de carácter leve). Nos remitimos de nuevo a los comentarios realizados en cuanto a la necesidad de autorización judicial que se han hecho *supra* en relación a la regulación de las intervenciones corporales.

Por tanto, debe modificarse la redacción del precepto ya que el apartado 1 puede dar lugar a la confusa interpretación de que la autorización judicial sea



necesaria como regla general para acordar la práctica de la diligencia cuando en realidad es excepcional. Existe, asimismo, un error en el apartado 2, primer párrafo, en cuanto a la referencia que debe ser al Capítulo IV.

En el sentido expuesto, se propone la supresión en el apartado 3 de la autorización del juez de garantías, de modo que la diligencia ha de ser acordada por el fiscal director de la investigación. No es necesaria la autorización del juez de garantías para contrastar las muestras abandonadas que fundadamente se atribuyan a la persona investigada con otras muestras biológicas dubitadas, habida cuenta de que en el art. 334.1 ALECrím se permite la recogida de vestigios del lugar de los hechos sin autorización judicial, como viene determinado por la jurisprudencia y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2006, que permite que la policía judicial pueda recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial. En este sentido, la reciente STS 542/2020, de 23 de octubre, con cita de otras muchas, establece:

*En relación a estas normas, recuerda la STS 7 de julio de 2010, núm. 685/2010, que la controversia inicial acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3 y 363, párrafo 2 de la LECr fue resuelta por la jurisprudencia de esta misma Sala y definitivamente clarificada a raíz de la publicación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que "la Policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". Esta idea fue ratificada por numerosos precedentes, entre otros por las SSTS 1190/2009, 3 de diciembre, 701/2006, 27 de junio, 949/2006, 4 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre.*

*En cuya consecuencia, indicamos en STS 685/2010, 7 de julio, que resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados: 1) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos*



*abandonados en el lugar del delito, la Policía judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado. 2) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, a un detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado. 3) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados.*

En definitiva, la autorización del juez de garantías en el supuesto de utilización de muestras abandonadas no es necesaria. Por tanto, su intervención en la investigación contamina su actuación y es, en consecuencia, contraria al espíritu del Anteproyecto, por lo que se propone la modificación del precepto en el sentido de que la policía judicial recabará del Ministerio Fiscal autorización para utilizar las muestras abandonadas que fundadamente se atribuyan a la persona investigada.

Ello sin perjuicio de la necesaria documentación de la diligencia, que se siga estrictamente el protocolo establecido para garantizar la autenticidad de la



muestra y que se informe a la persona investigada de las circunstancias en las que la muestra fue obtenida permitiéndole que aporte otra muestra auténtica de contraste. En el mismo sentido, respecto al párrafo segundo del apartado 3, que se refiere a la obtención de una muestra biológica del propio investigado sin su conocimiento, debe corresponder su autorización al fiscal director de la investigación y no al juez de garantías puesto que su práctica, obviamente, no implicaría intervención corporal sobre el mismo ni afectación de su integridad ni dignidad.

Si bien constituye una injerencia en el derecho a la intimidad atendiendo al caudal de datos que pueden obtenerse a partir del ADN de esa muestra y su incorporación a la base de datos de ADN que, como señala la STS 359/2017, de 19 de mayo, con cita de la jurisprudencia constitucional (STC 199/2013, de 5 de diciembre, con referencia al respecto al TEDH, sentencia de 4 de diciembre de 2008, *Caso S. y Marper c. Reino Unido*), «la cantidad de información personal contenida [en las muestras celulares] conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, de suerte que poco importa que las autoridades extraigan o utilicen solo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN», intromisión en el ámbito del derecho a la intimidad personal que exige la adecuación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la obtención de muestras biológicas para la práctica de la prueba de ADN, pero no exige en todo caso, como se ha expresado antes, que sea autorizado únicamente por la autoridad judicial.

Señala al respecto la STC 135/2014, de 8 de septiembre que: «[e]n la STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 12, tras recordar la doctrina contenida en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, sobre el derecho a la protección de datos, hemos afirmado que no cabe duda de que el perfil de ADN obtenido a partir de una muestra biológica identifica a la persona, pero que no puede decirse que en el indicado perfil genético (el obtenido con efecto identificativo mental) se



incorporen otro tipo de datos que puedan contribuir a configurar un perfil o caracterización de la persona en sus aspectos "ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo" (STC 292/2000, FJ 6), que es el ámbito de protección dispensada por el art. 18.4 CE».

En este sentido, la STS 277/2016, de 6 de abril, establece que «[l]as exigencias del derecho a la autodeterminación informativa, concernido de manera determinante, no son tan intensas en cuanto a la necesidad de intervención judicial. Ese es el primero de los derechos que puede verse afectado. Pero no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial como demuestran las simulaciones policiales investigadoras de corta duración (*v.gr.*, requerimiento de droga por un agente que oculta su identidad a quien parece estar vendiéndola en una vía pública) que, según entiende generalizadamente la doctrina y unánimemente la jurisprudencia, no precisan de ese previo plácat judicial».

En relación al derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 292/2000, de 30 de noviembre) que «el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución», tratándose en este supuesto de la obtención de los caracteres identificativos de la persona investigada a partir del análisis de su ADN para una finalidad constitucionalmente legítima como es la investigación de un delito grave.

Por último, cabe señalar la reciente STS 542/2020, de 23 de octubre, que establece:



*La cuestión suscitada ha sido ya objeto de análisis jurisprudencial como revela tanto la argumentación transcrita de la Audiencia como las diversas resoluciones de esta Sala donde se ha seguido tal acuerdo; y así STS: 120/2018, de 16 de marzo y las que allí se citan; resolución que recuerda en primer lugar, en cuanto a la normativa aplicable el art. 3 de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que establece: se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:*

*1. (...) los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual...*

*La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.*

*2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.*

Por tanto, nada impide que, con carácter excepcional, en los supuestos previstos en el párrafo segundo del art. 335.3 ALECrím corresponda al fiscal la autorización de obtención de la muestra y el perfil genético sin conocimiento del interesado y sin necesidad de autorización judicial, sin perjuicio de dar cuenta posteriormente al juez de garantías y de ponerlo en conocimiento de la persona investigada una vez se levante el secreto, permitiendo la realización de una prueba de contraste.

En relación con el párrafo primero del art. 335.4 ALECrím, debe precisarse que debe tratarse de otros fines ajenos a la investigación de hechos delictivos, puesto que —como se ha dicho— cabe la utilización de los perfiles de ADN



obtenidos en otra investigación penal, a través de la consulta de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, siendo precisamente esa la finalidad y objeto de la creación de esta base de datos mediante LO 10/2007, de 8 de octubre, como se ha señalado *supra*. Teniendo en cuenta esa precisión, debe suprimirse en el párrafo primero la salvedad de la autorización judicial en coherencia con la excepcionalidad que se regula en el párrafo segundo, en el que se establecen los supuestos en que con autorización judicial pueden utilizarse las muestras obtenidas para otros fines (fin diagnóstico, terapéutico o de investigación biomédica).

El art. 336 ALECrím introduce la regulación de la toma de muestras de personas no investigadas, estableciendo la posibilidad de imposición coactiva por el juez de garantías en caso de que la persona afectada no preste su consentimiento, a diferencia de lo dispuesto con carácter general en el art. 330 ALECrím para las inspecciones o intervenciones corporales sobre personas no investigadas, en que no se prevé su imposición coactiva. Deben concordarse ambos preceptos como señalábamos *supra*, si bien se considera que no cabe recurrir al uso de la fuerza en el caso de la víctima o en los supuestos previstos en el apartado 3 del art. 330 ALECrím.

En el apartado 1 del art. 336 ALECrím se propone que se introduzca expresamente que habrán de prestar su consentimiento previa información de la finalidad para la que vayan a ser utilizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente. En cuanto al apartado 2 de este mismo precepto, de mantenerse la posibilidad de imposición coactiva, deberían extremarse las garantías limitando los supuestos de aplicación a que se trate de la investigación de delitos graves (o determinados delitos graves, como delitos contra vida y contra la indemnidad y la libertad sexual), cuando sea imprescindible y utilizando las mínimas medidas coactivas indispensables que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.



En relación con la toma de muestras de ADN de personas no investigadas, se valora la necesidad de que se aborde la regulación de la investigación mediante análisis de ADN en serie o toma de muestras masivas de ADN en determinados sectores o grupos de población restringida a la investigación de delitos de mayor gravedad y previa autorización del juez de garantías.

El art. 337 ALECrím regula las *garantías e información*. Se valora positivamente la información que debe proporcionarse a la persona que haya de facilitar la muestra biológica, así como la necesidad de asistencia letrada si el investigado se encuentra detenido para que preste su consentimiento a la extracción de una muestra biológica, conforme a constante jurisprudencia y al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de septiembre de 2014: «En definitiva la asistencia letrada resulta preceptiva cuando el detenido consiente la práctica de obtención de su cuerpo de muestras biológicas para la obtención de ADN» (STS 359/2017, de 19 de mayo; 794/2015, de 3 de diciembre; 948/2013, 10 diciembre; 767/2013, 25 diciembre; 827/2011, 25 de octubre; 685/2010, 7 julio).

Se propone que en la información se recojan las consecuencias de la negativa a la recogida de muestras. Si bien el vigente art. 520.6.c) LECrím incorpora esta información dentro de las que debe facilitar el abogado al asistir al detenido, no se recoge específicamente esta información en la que debe prestar el abogado en la redacción del artículo 209.1.f) ALECrím

Asimismo, en el caso de la persona investigada, se propone que se le informe de que los identificadores obtenidos a partir del ADN de las muestras biológicas se inscribirán en la base de datos policial en los supuestos previstos en su ley reguladora.

En cuanto al consentimiento de los menores de edad y las personas con discapacidad regulado en el apartado 3 del art. 337 ALECrím, se hacen las



mismas observaciones reseñadas en relación al apartado 2 del art. 330. En relación con los menores de edad y, en todo caso, respecto de los menores de catorce años dado que son inimputables penalmente, debe señalarse en el precepto que la investigación debe limitarse al esclarecimiento de los hechos, sin que en ningún caso pueda tener fines de fijación de la responsabilidad penal, puesto que la la responsabilidad penal del menor no es objeto de regulación en el presente Anteproyecto.

Respecto a las personas investigadas con capacidad de obrar modificada judicialmente y a las que no comprendan el alcance y significado de la diligencia, el consentimiento deberá prestarse con la asistencia de la institución de apoyo prevista en los arts. 65 y ss. ALECrím.

Se propone introducir que el consentimiento o su ausencia debe hacerse constar de forma expresa en el acta que se levante. En este sentido la STS 794/2015, de 3 de diciembre, establece que «la lectura del renovado art. 520. 6 LECrim permite afirmar que el Legislador ha considerado oportuno, en línea también con la jurisprudencia constitucional, someter a un juicio de proporcionalidad amparado en la garantía jurisdiccional, el sometimiento del investigado a los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética. El mismo criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 *bis* CP. De ahí que cobre especial importancia que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas -cuando ya es inviable el contraste- basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado. Sobre todo, si lo fue ante Letrado que, en el legítimo ejercicio del derecho de asistencia letrada, no consideró oportuno reflejar una protesta formal en el acta mediante el que se documentó esa diligencia de investigación».



Debe introducirse, en consecuencia, en la regulación la extensión del acta de toma de la muestra, en la que se haga constar de forma expresa la prestación del consentimiento o la ausencia del mismo y de la cadena de custodia hasta la recepción en el laboratorio para su análisis.

La regulación del análisis de los perfiles de ADN que realiza el art. 338 ALECrím se valora positivamente, si bien debe hacerse la siguiente observación al apartado 3 relativo a la cancelación de los perfiles genéticos en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, en relación a la remisión del auto de sobreseimiento: el art. 9 LO 8/2007 prevé la cancelación cuando se hubiera dictado auto de sobreseimiento libre, sin embargo, dado que el Anteproyecto no distingue entre sobreseimiento libre y provisional, la remisión del auto de sobreseimiento tendría el efecto de producir la cancelación de identificadores de ADN en todos los casos de sobreseimiento, lo que no se considera procedente, debiendo producir este efecto solo en los supuestos de archivo previstos en las letras a), b) y c) del art. 586 y, por tanto, solo esos autos de sobreseimiento debieran ser remitidos.

Finalmente, se propone la supresión del apartado 1 del art. 339 ALECrím por considerarlo innecesario puesto que se remite a la valoración de la prueba pericial.

**§ 58.** El último capítulo del Título I (**Capítulo VII** —aunque por error consta Capítulo VI—), aborda la regulación de las diligencias de detección de alcoholemia y de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (arts. 340 a 344).

En cuanto a su procedencia, el art. 340 ALECrím prevé de forma imperativa la práctica de las pruebas de detección de alcohol y drogas por la policía judicial en caso de accidente de circulación y presencia de síntomas o signos (art.



340.1 ALECrím) o en caso de que se presenten estos últimos aun sin accidente (art. 340.2), dejando en todo caso a salvo las actuaciones preventivas.

En ambos supuestos (art. 340.1 y 2 ALECrím) la práctica de las pruebas se hallaría justificada aparentemente por la presencia de indicios de delito del art. 379.2 CP (art. 537 ALECrím) derivados de la presencia de síntomas o signos de influencia del alcohol o drogas en la conducción, haya existido o no accidente, por lo que la distinción puede resultar superflua, aunque en caso de que se produzca este último los indicios podrían serlo asimismo, dependiendo de que se produzcan resultados lesivos —lo que no especifica el texto— de delitos de resultado imprudente de los arts. 142 ó 152 CP.

Tanto la expresión *síntomas de influencia de alcohol* como el término *accidente* provienen del art. 21 del Reglamento General de Circulación (Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre; en adelante RGCir) y no están concebidas para estructurar indicios de delito sino para legitimar la realización de pruebas de alcoholemia. El supuesto del art. 340.1 ALECrím tendría cabida en el art. 21.a) y b) RGCir y el del art. 340.2 ALECrím en el art. 21.b) RGCir.

El Anteproyecto (art. 340.1) deja a salvo «las actuaciones preventivas que corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», pareciendo referirse a los controles preventivos previstos en el art. 21.d) RGCir. No obstante, olvida el cuarto supuesto regulado en el art. 21.c) que habilita para la realización de las pruebas en supuestos de comisión de una infracción administrativa. Por ello, más que la referencia a «actuaciones preventivas», sería preferible que la salvedad aludida en el primer inciso del art. 340.1 ALECrím lo fuera a la normativa general de seguridad vial. De otra parte, el vocablo «controles» en los párrafos 1 y 2 debiera suprimirse, pues se aplica —como se dice— inequívocamente solo a los casos del art. 21.d) y 28.1.d) RGCir que regulan los programas correspondientes para llevarlos a cabo.



La imperatividad de la fórmula del art. 340 ALECrím contradice el carácter facultativo del art. 21 RGCir y puede llevar a la realización de pruebas innecesarias. Así, no en todo accidente, por ejemplo, cuando solo concurren daños materiales de escaso relieve no incluíbles en el art. 267 CP, hay obligación de practicar la prueba. En primer lugar, porque el RGCir —con buen criterio— concede a los agentes de policía de tráfico la facultad de valoración del caso y de la necesidad de la diligencia detectora para evitar actuaciones policiales y costes, por cierto, elevados e innecesarios. De otra parte, se insiste, porque la legislación vial no parte de indicios delictivos sino de determinados datos fácticos que posibilitan las pruebas de detección.

No puede recogerse en una norma procesal penal una regulación en este punto disonante con la de la legislación vial, pues las diferentes unidades policiales de tráfico tienen funciones de vigilancia y prevención y solo en un porcentaje limitado de su actividad actúan como policía judicial de los arts. 530 y ss. mencionados. Es la LSV (RD 6/2015, de 30 de octubre) y el art. 21 RGCir, reiteradamente mencionado, los que realizan las oportunas valoraciones en relación a las estrategias viales ante la siniestralidad. Las normas procedimentales penales, como ocurre con la vigente del art. 796.7 LECrím, solo intervienen cuando son precisas prescripciones de garantía probatoria exigidas por los principios del proceso penal.

Por consiguiente, proponemos el siguiente texto: «Las pruebas para la detección de alcoholemia o consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia sicotrópicas se practicarán en los términos y en los supuestos previstos en la legislación de seguridad vial».

En relación con la práctica de la diligencia de detección de alcoholemia, el art. 341 ALECrím introduce una nueva regulación de esta diligencia con una formulación descriptiva, a diferencia de la regulación actual (art. 796.1.7ª LECrím) que se remite en bloque a la legislación de seguridad vial («la práctica



de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial»), por lo que en línea con lo antes expresado pueden producirse eventuales contradicciones o interpretaciones divergentes entre la nueva regulación y la legislación de seguridad vial en algunos aspectos.

En esta materia, el art. 341.1 ALECrím, al final de la fórmula normativa, reenvía correctamente a los instrumentos y procedimientos previstos en la legislación de seguridad vial y, sin embargo, en su comienzo y en los apartados 2 y 3 los contradice.

En cuanto a la matriz de la prueba de alcoholemia, el art. 341.1 ALECrím prevé alternativamente —al mismo nivel, preposición «o»— el aire espirado «o» el análisis de sangre u orina. Por el contrario, el art. 14.3 LSV solo regula los análisis clínicos —y el reconocimiento médico— con carácter subsidiario a las pruebas en aire espirado («cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas») que tienen naturaleza principal y ordinaria. No queda del todo claro en el Anteproyecto cuándo proceden los análisis de sangre u orina y si tienen o no un carácter subsidiario o secundario en relación con la prueba en aire espirado, a pesar de lo indicado en el apartado 2. Por otra parte, la referencia a la orina puede generar disfunciones, dado que la matriz idónea para revelar un consumo reciente de alcohol o drogas es la sangre, que tiene correlación con el aire espirado en cuanto a la concentración de alcohol, y la misma ventana de detección que las drogas en saliva, a diferencia de lo que ocurre con la orina. Prueba de ello es que el tipo penal del art. 379.2 CP fija respecto del alcohol una tasa objetiva correlativa superior a 0,6 miligramos por litro en aire espirado y a 1,2 gramos por litro en sangre.

De mantenerse la alternatividad se produciría una perturbación grave a los controles de alcoholemia que en nuestro país realizan las policías de tráfico solo por la medición de aire espirado y que son una principalísima estrategia en la seguridad vial. De ellos se derivan una cifra estimada de unas 50.000



condenas anuales, el 90% de conformidad con ejecución inmediata de la pena, debido al esfuerzo de la red de fiscales delegados de seguridad vial y que desempeñan una relevante función disuasoria frente al consumo de alcohol antes de la conducción que es un factor muy relevante de la siniestralidad.

Asimismo, el art. 341.2 ALECrím regula la segunda comprobación en aire espirado como de contraste aunque, en puridad, esta segunda prueba más que de contraste es de garantía (garantía además del afectado, institucional, del sistema, en palabras de la STS 210/2017, de 28 de marzo, de suerte que más que de dos pruebas sucesivas estamos ante una única prueba cuya fiabilidad plena requiere dos mediciones con un intervalo de tiempo en los términos del art. 24 RGCir). La verdadera prueba de contraste es la prevista en el art. 14.5 LSV consistente en análisis preferentemente de sangre a solicitud del interesado, salvo causas excepcionales debidamente justificadas, que el Anteproyecto regula de forma divergente a la LSV, pues no se refiere a la analítica sanguínea como preferente e introduce la matriz «orina» de forma alternativa, con las disfunciones ya señaladas.

Por su parte, el art. 341.3 ALECrím prevé la posibilidad de imposición obligatoria de controles de sangre u orina a solicitud del fiscal ante el juez de garantías, remitiéndose a la regulación de las intervenciones corporales (arts. 326 y ss.). No contiene el Anteproyecto una regulación de los supuestos en que procede esta diligencia acordada judicialmente —analítica de sangre u orina— y, en concreto, si es alternativa o subsidiaria a la prueba en aire espirado, a diferencia de lo que ocurre en la LSV, como se decía *supra*, con la consiguiente perturbación en las estrategias viales a que se hizo referencia.

Si bien merece una valoración positiva el hecho de que se regulen expresamente estas diligencias, aunque sea por remisión a la regulación de las intervenciones corporales contenida en los arts. 326 y ss. ALECrím, cabe no obstante señalar que desde hace muchos años está asentada la praxis policial



y la de los propios conductores de que la analítica de sangre, que es el ejercicio del verdadero derecho al contraste, se realice sin intervención institucional alguna y lo contrario significaría, de otra parte, añadir una carga procesal innecesaria al fiscal director de la investigación. Además, la analítica ha de hacerse con prontitud para que sea fiable, dada la curva toxicocinética del alcohol, lo que puede ser incompatible con la intervención del fiscal.

Por otro lado, la imposición obligatoria carece de sentido cuando se trata de indicios de delito del art. 379.2 CP, pues la negativa a las pruebas ya tiene la respuesta penal del art. 383 CP, y el principio de proporcionalidad (art. 328.3 Anteproyecto) que inspira la regulación de las intervenciones corporales resultaría vulnerado, dadas las penas previstas en el tipo del primer precepto referido. De modo que la norma solo cobra sentido en los casos de accidentes con indicios de delitos graves (arts. 142.bis y 152.bis CP).

El Anteproyecto no prevé los supuestos más relevantes en la práctica en los que al implicado en el accidente (y trasladado al hospital con la consiguiente y habitual imposibilidad de practicar las pruebas en aire espirado) se le ha extraído en el ámbito hospitalario una muestra de sangre con fines terapéuticos de forma que, tras oficio policial para su conservación, la prueba realizada es incorporada al proceso o se acuerda en este una analítica «judicial» de la muestra extraída, en ambos casos tras la necesaria autorización judicial conforme a la doctrina contenida, entre otras, en la STS 25/2005, de 14 de febrero. Es necesaria una previsión expresa para la que puede bastar con la cobertura de la autorización del fiscal, pues se trata de que respecto de la sangre ya extraída (art. 328.1 *a contrario sensu*) se una su resultado que ya consta relativo a la presencia de alcohol o se determine este extremo.

Por todo ello, se propone la siguiente redacción del art. 341 ALECrím:



- 1. La diligencia de detección del alcohol se realizará mediante comprobación del aire espirado. El interesado, a efectos de contraste, podrá solicitar la práctica de análisis preferentemente de sangre salvo en casos excepcionales debidamente justificados, todo ello en los términos establecidos en la legislación de seguridad vial.*
- 2. Si al implicado en un accidente se le ha extraído en el ámbito hospitalario una muestra de sangre u orina con fines terapéuticos, el fiscal podrá autorizar la unión a las diligencias de sus resultados en cuanto a la presencia de alcohol o su determinación analítica.*
- 3. El fiscal, cuando resulte indispensable a los efectos de investigación de accidentes, podrá solicitar al juez de garantías que imponga al sujeto la obligación de someterse a los correspondientes análisis preferentemente de sangre salvo casos excepcionales, aplicándose a estos efectos la regulación de las intervenciones corporales.*

En cuanto a la práctica de la diligencia de detección de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas regulada en el art. 342 ALECrím, se reiteran, *mutatis mutandi*, las valoraciones hechas en el apartado anterior y se añaden las que siguen. El art. 342 ALECrím vendría a sustituir al actual art. 796.1.7<sup>a</sup> LECrím, en la redacción dada por la LO 5/2010, que recogió la propuesta de reforma legislativa formulada por el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, introduciendo una pormenorizada regulación de las pruebas de detección de drogas en el procedimiento penal, fruto de los estudios técnico-jurídicos y científicos existentes en aquel momento. La nueva regulación propuesta por el Anteproyecto no parece ofrecer ventajas sobre la vigente e introduce algunas novedades o modificaciones que pueden generar distorsiones en la práctica de estas pruebas y su valoración en el seno del procedimiento penal, como se viene razonando.

Comienza el precepto (art. 342.1 ALECrím) haciendo una remisión, al igual que el vigente, a las normas de seguridad vial y señalando que esta diligencia será



realizada por agentes de la policía sin otros aditamentos o precisiones, omitiendo la necesidad que se contempla en la actual regulación de que aquellos agentes tengan formación específica. La falta de previsión de esta exigencia en la nueva regulación supone *de facto* el abandono del actual modelo DRE (*Drug Recognition Expert*) que fue introducido por la LO 5/2010 siguiendo la experiencia del derecho comparado. A diferencia de lo que ocurre en materia de alcohol, en que no se requieren especiales conocimientos para advertir su sintomatología, los signos externos producidos por el consumo de drogas son de muy variada índole —dada la heterogeneidad de sustancias incluidas en el tipo penal— y exigen una formación cualificada para su reconocimiento, siendo los signos específicos —nistagmo, pupilometría, reacciones pupilares, entre otros— solo detectables o constatables por agentes expertos en la materia, pues de otra forma se hace imposible el levantamiento de la correspondiente diligencia de signos externos que debe ser incluida en los atestados, cuyo modelo estandarizado, fruto de años de estudio técnico-científico y jurídico, fue remitida por el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial a todas las policías de tráfico por oficio de 18 de julio de 2019.

Sin esa formación específica no se podría instruir la referida diligencia, fundamental en la mayor parte de los casos para poder acreditar el elemento típico de la influencia, dado que no hay una tasa penal objetivada como en el delito de conducción bajo la influencia de alcohol antes examinado y el resultado analítico no tiene *per se* la fiabilidad científica necesaria para afirmarlo. Por todo ello, sin la indispensable preparación como expertos de los agentes, no sería posible la aplicación de la ley penal a este tipo de comportamientos en progresivo ascenso y de tanta peligrosidad en el tráfico viario. Se frustrarían los esfuerzos de los últimos años para definir un protocolo de actuación en materia de detección de drogas y, muy especialmente, para desarrollar actividades formativas en el seno de las policías de tráfico, tanto en el ámbito estatal por parte de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, como



en el de las policías autonómicas y en gran parte de las policías locales en el que tanto se ha avanzado.

Por otra parte, el art. 342.2 ALECrim disciplina el procedimiento para la práctica de la prueba, distinguiendo dos momentos: un primer test salival y, en caso de resultado positivo o presencia de signos de consumo, un posterior análisis de contraste mediante un procedimiento homologado. No especifica el Anteproyecto —a diferencia de la actual regulación— que ese primer test salival *in situ* tiene un carácter meramente indiciario, pues los actuales dispositivos salivales, que utilizan técnicas inmunológicas menos precisas que las analíticas de laboratorio aunque tienen unos altos porcentajes de efectividad (por encima del 90% y la mayoría cercanos al 100%), no están exentos de un cierto índice de error por falsos positivos o negativos (a diferencia de lo que ocurre con los etilómetros evidenciales o de precisión en el caso de las pruebas de alcoholemia), por lo que debería explicitarse esta cualidad del test salival, en cuanto la verdadera prueba —evidencial— de la presencia de la droga en el organismo del sujeto la proporciona no el test salival *in situ*, sino la posterior analítica del laboratorio.

Por tales razones, no debería hablarse de un análisis de contraste (como segundo momento de la prueba), dado que la analítica posterior no es propiamente de contraste, sino que es la única que tiene naturaleza probatoria, la que —como decíamos— acredita de forma fehaciente a efectos del proceso penal la presencia de la sustancia/droga en el organismo del afectado. Sobre este segundo análisis al que se refiere el texto prelegislativo se observan otras carencias en la regulación legal, pues tampoco se especifica —a diferencia del actual art. 796.7 LECrim— sobre qué muestra y dónde se procede a efectuar el análisis previsto y no se individualiza la doble obligación de someterse al test indiciario y a facilitar por segunda vez saliva. No obstante, sí puede merecer una valoración positiva el hecho de que el Anteproyecto hable, no ya de laboratorio homologado —como hace la actual regulación— sino de



procedimiento homologado, en cuanto lo esencial en garantía del sistema y del afectado no es la homologación genérica del centro, sino la singular del procedimiento analítico correspondiente para la sustancia de que se trate.

En otro orden de cosas, no se comprende por qué este precepto del Anteproyecto no contiene una previsión específica de un eventual análisis de sangre, no solo como prueba de contraste a solicitud del interesado, sino dotándole de un carácter o naturaleza subsidiaria de orden genérico respecto de las pruebas salivales. Esto es así pues, al igual que ocurre para la detección de alcohol con las pruebas en aire espirado, puede darse un elenco de circunstancias que impidan la práctica de las pruebas salivales in situ (casos no infrecuentes de traslado hospitalario del presunto responsable del accidente, incapacidad de salivar precisamente como efecto de las drogas consumidas, etc.) que se erijan en razones justificadas para la práctica de la correspondiente analítica de sangre (excluyendo otras matrices según lo expuesto) de forma subsidiaria o secundaria a las pruebas salivales.

Finalmente, en coherencia con lo dicho al tratar el art. 341 ALECrím en relación con la prueba de contraste a solicitud del interesado regulada en el art. 342.3 ALECrím, debería evitarse la referencia a otras matrices distintas de la sangre, como la orina y —menos— «otros análogos» (¿sudor? ¿cabello? ¿uñas?), a fin de evitar falsos negativos, pues solo la matriz *sangre* tiene la misma ventana de detección para las drogas que la saliva o fluido oral y evita los falsos positivos (drogas ya metabolizadas presentes en orina pero no en sangre) y, sobre todo, negativos (drogas presentes en saliva y sangre todavía no metabolizadas y que acreditan un consumo reciente no detectable en orina): solo la saliva y la sangre son acreditativas del consumo reciente de la sustancia.

Aun cuando el art 343.2 ALECrím recoge la obligatoriedad genérica de los procedimientos de detección, es necesario especificar, a efectos de la



aplicación del art. 383 CP, que se extiende al test indiciario salival y a facilitar una segunda muestra de saliva.

En todo caso, es preferible seguir la estela de la fórmula normativa del vigente art. 796.1.7 LECrim con alguna mejora, pues desde que se introdujo en 2010 ha dado lugar a praxis policiales y judiciales consolidadas y cuya eficacia no puede disminuirse con la norma proyectada que se examina. Por todo ello proponemos la siguiente redacción del precepto:

- 1. La diligencia de detección de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas será realizada por agentes de la policía con formación especializada y acreditada y con sujeción a lo previsto en las normas de seguridad vial.*
- 2. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente que será analizada, garantizándose la cadena de custodia, en laboratorios con sujeción a procedimientos homologados.*
- 3. Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre. Cuando sea indispensable a los efectos de la investigación, el Fiscal en casos de accidente podrá solicitar al juez de garantías que imponga al sujeto la obligación de someterse a la extracción de sangre para analizarla con el fin de comprobar la presencia de las sustancias cuya detección se regula en esta norma, aplicándose a esos efectos la regulación de las intervenciones corporales.*

En los arts. 343.1 y 3 y 344.1 ALECrím se prevé el modo de redactar el atestado y las garantías del sujeto a la prueba, que es materia regulada en los arts. 14 LSV y 23 y 24 RGCir —de los que se ha extraído su contenido—, por lo que parece oportuno una remisión a lo dispuesto en la legislación de seguridad vial.



De otra parte, en concordancia con lo argumentado en el art. 340 ALECrím, se propone la supresión del apartado 3 del art. 343 ALECrím. La confusión se produce porque las pruebas de detección de alcoholemia y drogas se practican en los casos que prevé el legislador vial (art. 21 RGCir), no cuando hay indicios de delito, salvo en los supuestos del art 341.3 ALECrím. Los indicios de infracción penal surgen en función del resultado de las diligencias de detección. De aplicarse literalmente la norma obligaría al fiscal a estar continuamente en la vía pública antes de la práctica de las pruebas de detección de alcohol y drogas y la policía judicial estaría actuando cuando aún no hay indicios de delito.

En cuanto al valor probatorio de la diligencia, el Anteproyecto recoge el carácter de prueba pericial que le viene asignando el Tribunal Constitucional como prueba pericial preconstituida, habida cuenta de que no posible su reproducción en el acto de juicio oral. Así, la doctrina jurisprudencial acerca del valor probatorio del test de alcoholemia afirma el carácter de prueba pericial preconstituida del mismo y, por lo tanto, siempre que se haya practicado con las debidas garantías, el contenido del atestado tiene un alcance probatorio por sí mismo respecto de esos datos y circunstancias que son de imposible repetición (STC 100/1985, de 3 de octubre), siempre que sea introducido en el juicio oral mediante la ratificación y declaración complementaria de los agentes que realizaron el examen de alcoholemia y levantaron el correspondiente atestado.

**§ 59.** El **Título II** del Libro III lleva por rúbrica «los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas».

El Anteproyecto instaura un nuevo modelo de procedimiento de investigación basado en la figura del Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial que es objeto de control judicial en su actuación. Todo ello implica una



modificación en los parámetros de la intervención del Ministerio Fiscal, que en aras a su función investigadora deberá solicitar la autorización judicial para que se puedan ejecutar estas medidas que implican una intromisión en derechos fundamentales de la persona investigada.

Este Título II se divide en cuatro capítulos; el primero de ellos versa sobre las disposiciones comunes (arts. 345 a 352); el segundo sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas (arts. 353 a 371) y se divide, a su vez, en dos secciones —la primera dedicada a las disposiciones generales (arts. 353 a 367) y la segunda a la incorporación al proceso de los datos de tráfico o electrónicos (arts. 368 a 371)—; el tercero sobre la interceptación de las comunicaciones postales o telegráficas (arts. 372 a 382); y el cuarto a la interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de la grabación y el sonido (arts. 394 a 404).

**§ 60.** En primer lugar, pese a que la exposición de motivos señala que el texto articulado se limita a introducir mejoras puntuales de orden técnico, en realidad los cambios son más profundos, al seguir en la regulación no los planteamientos de la propuesta de Código Penal Procesal de 2013 que inspiró la posterior reforma procesal de 2015, sino los del anteproyecto de 2011.

El actual texto prelegislativo opta por separar del régimen de disposiciones comunes aplicables a los medios de investigación relativos a la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y localización (art. 588 *quinquies* LECrim), el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información (art. 588 *sexies* LECrim), el registro remoto sobre equipos informáticos (art. 588 *septies* LECrim) y las medidas de aseguramiento (art. 588 *octies* LECrim), que quedan englobados en los Títulos III y IV como medios distintos de los anteriores a los que no les afectan las disposiciones comunes del Título II como ocurre en la actual ley procesal. Por otro lado, se incluyen en el ámbito de aplicación de las disposiciones comunes los



supuestos de interceptaciones de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes al entender que pueden contener comunicaciones privadas.

Por ello, sorprende que no se incluya en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del art. 345 ALECrím los supuestos en los que, como consecuencia del registro de dispositivos de almacenamiento masivo y de los registros remotos de ordenadores, se intervinieran comunicaciones privadas (excepto lo regulado en el art. 425.1 ALECrím), y que deberían gozar de dicho nivel de garantías, ya que en el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 CE). Pero su contenido también puede albergar —de hecho, normalmente albergará— información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. (STS 204/2016, de 10 de marzo).

Si bien es cierto —como recuerda la Circular 1/2019 de la FGE, *sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*— que se planteaba que algunas disposiciones comunes no eran aplicables por su naturaleza a alguna de las medidas de investigación tecnológica, la propia exposición de motivos solucionaba el problema al señalar que «cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad».

Pero lo que sí estaba jurisprudencialmente admitido en relación a las disposiciones comunes era que un presupuesto indispensable para la adopción de las medidas era el respeto al contenido del art. 588 *bis* a) LECrím, que establecía los principios rectores aplicables a la utilización de los citados



medios de investigación (especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad) y que también aparecía en los arts. 294, 320, 347, 350 y 353 de la PCPP de 2013, en los mismos términos que la ley rituaría actual. Por ello, no se entiende su supresión en el Anteproyecto, aunque es cierto que se recogen parcialmente como requisitos de la intervención en el art. 356 ALECrím, que establece los principios de excepcionalidad y necesidad en su apartado 1, párrafo b, y el de proporcionalidad en el art. 353 ALECrím, cuando la vulneración de los mencionados principios son la base para el control de la autorización judicial de la medida, como recuerdan, entre otras, las SSTS 376/2018, de 23 de julio; 366/2019, de 19 de julio; y 113/2020, de 11 de marzo.

Asimismo, se observa un error en el párrafo 2 del art. 345.2 ALECrím ya que al hablar de las «aclaraciones pertinentes» respecto a los requisitos, debe referirse a los que se incluyen en los artículos siguientes y no en los anteriores, que nada regulan sobre el tema.

Por todo ello, se propone la siguiente redacción al art. 345 ALECrím:

*1. Para el esclarecimiento del hecho delictivo y la identificación o localización de sus responsables, el juez de garantías, a petición del Ministerio Fiscal, podrá acordar, en cualquier fase del procedimiento penal, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, de la correspondencia postal o telegráfica, faxes y burofaxes, así como de las conversaciones, mediante la oportuna autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en los supuestos y conforme al procedimiento previsto en esta ley.*

*2. El juez de garantías autorizará o denegará la medida de investigación solicitada en el plazo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.*

*No obstante, si lo considera necesario, antes de resolver podrá reclamar del Ministerio Fiscal las aclaraciones pertinentes sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos posteriores.*



El resto de las disposiciones comunes establecidas en los arts. 346 a 352 pretenden trasladar al Anteproyecto los preceptos previstos en el art. 588 *bis* a) a k) LECrim, aunque partiendo de que el Ministerio Fiscal, en su calidad de director del procedimiento de investigación, es el único legitimado para la solicitud de las medidas y con exclusiva aplicación al ámbito de las comunicaciones y de las conversaciones privadas.

De este modo, se articula en los mismos términos que la actual regulación la posibilidad de afectación de terceros [art. 346 ALECrím, actual art. 588 *bis* h)]; el control judicial de la medida que engloba la tramitación de secreto y en pieza separada y la información que el/la fiscal debe proporcionar sobre el desarrollo y resultados de la medida [art. 347 ALECrím, actual art. 588 *bis* g)]; la introducción de la figura del juez de garantías en los supuestos de prórroga [art. 348 ALECrím, actual art. 588 *bis* f)]; la utilización de la información en proceso distinto conforme a los criterios del acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 [art. 349 ALECrím, actual art. 588 *bis* i)]; los descubrimientos casuales (art. 350 ALECrím); el cese de la medida [art. 351 ALECrím, actual art. 588 *bis* j)]; y el procedimiento para la destrucción de las grabaciones [art. 352 ALECrím, actual art. 588 *bis* k)].

En relación con dichos preceptos debe destacarse que la mención establecida en el art. 347 ALECrím, cuando dice «[e]l fiscal informará al juez de garantías, en la forma y con la periodicidad que este disponga», no guarda relación con la intervención del juez de garantías en la protección de los derechos fundamentales, y destila una cierta desconfianza sobre la investigación que dirige y controla el Ministerio Fiscal. En consecuencia, se sugiere la supresión de este apartado 2 del art. 347 ALECrím en tanto en cuanto el control de la medida durante el procedimiento de investigación debe corresponder en exclusiva al Ministerio Fiscal.



La indeterminación del concepto «encuentro concreto» del art. 348.3 ALECrím, partiendo de la definición de la RAE de *encuentro* como «entrevista entre dos o más personas, con el fin de resolver o preparar algún asunto» y *concreto* como «preciso, determinado, sin vaguedad», genera dificultad para su aplicación como criterio exclusivo y excluyente para la vigilancia acústica y la grabación del sonido y, en todo caso, la necesidad de nuevas autorizaciones judiciales para la ampliación a posteriores hechos, y supone un importante obstáculo para muchas investigaciones que no aparece justificado desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales del investigado y hace prácticamente inviable su utilización en la persecución de las formas más graves de delincuencia organizada.

En derecho comparado cabe mencionar legislaciones como la portuguesa (arts. 187 a 189 CPP) que asimila el régimen de las vigilancias acústicas al de las telefónicas, o la francesa que establece (arts. 706-96 a 98 CPP) un plazo temporal de hasta cuatro meses para la duración de la medida para la captación, fijación, transmisión y registro de palabras pronunciadas por una o varias personas a título privado o confidencial en lugares o vehículos privados o públicos.

Es cierto que el Tribunal Supremo ya ha tratado el tema en relación con el actual art. 588 *quáter* a) LECrím al establecer que el citado precepto «no autoriza a los Jueces de instrucción a alzar la protección constitucional de esos derechos durante un plazo, más o menos abierto, con la esperanza de que algo podrá oírse durante el tiempo de vigencia de la medida. La solicitud de los agentes de policía sólo puede ser aceptada cuando contiene y describe, con el grado de precisión que permita el estado de la investigación, uno o varios encuentros de los investigados entre sí o con terceras personas que puedan resultar determinantes para el esclarecimiento del hecho. Sólo así podrá razonarse la proporcionalidad, la necesidad y la excepcionalidad de la medida»



(STS 718/2020, de 28 de diciembre), que concuerda con la redacción del actual precepto y no la prevista en el Anteproyecto.

Es más, el propio Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia de fecha 20 de mayo de 2021 (rec. amparo 7436/2019), denegó el amparo solicitado por quebranto del art. 588 *quáter* LECrim. Dispone la citada sentencia (FJ 6º):

*Ciertamente, la interpretación alcanzada por el órgano judicial no puede ser considerada contraria al tenor literal de la norma. La utilización por el legislador - para referirse al objeto de intervención- de una forma gramatical plural (el art. 588 quater b señala que “La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación”) implica que la citada medida de investigación no tiene por qué limitarse inexorablemente a un solo encuentro. Por el contrario, la inclusión en la norma de la posibilidad que la intervención abarque varios encuentros, permite una interpretación según la cual la medida, excepcionalmente, puede quedar definida con un alcance temporal determinado; esto es, mediante un plazo durante el cual es previsible que tales encuentros se produzcan. En tal caso, el cese definitivo de la medida de investigación no vendrá determinado por la clausura de cada uno de los encuentros objeto de la intervención sino por la terminación de los que tengan lugar en ese periodo. En definitiva, la duración del o de los encuentros concretos así como los lapsos temporales que se produzcan entre ellos, condicionarán el límite temporal de la medida de investigación contemplada en el art. 588 quater b de la LECrim.*

*(...) Por lo tanto, resulta razonable afirmar que, en las circunstancias del caso sometido a examen, las garantías establecidas por la ley vendrán plenamente satisfechas por la determinación en la resolución judicial del lugar (concreción locativa), de los sujetos (concreción subjetiva), y de varios encuentros concretos entre dichos sujetos que previsiblemente tendrán lugar en un lapso de tiempo (concreción temporal). La posibilidad de delimitar la medida mediante la fijación de un plazo, que debe considerarse excepcional y no general, estará*



*condicionada por los indicios sobre la previsibilidad del encuentro o encuentros concretos, a los que está vinculado. Solo cuando indiciariamente no sea posible prever con exactitud el momento en que tendrán lugar tales encuentros podrá delimitarse el alcance de la intervención mediante la fijación de un plazo.*

*(...) En otras palabras, la obligación de desactivar los dispositivos de escucha no será exigible al terminar cada conversación sino al finalizar la serie de encuentros a los que se dirigía la medida de investigación.*

Por todo ello, proponemos la modificación del párrafo 3 del art. 348 ALECrím en el siguiente sentido:

*3. La vigilancia acústica de las conversaciones y la grabación del sonido, complementada, en su caso, con la obtención de imágenes, se limitará a las conversaciones privadas que en el marco de uno o varios encuentros concretos para los que se concedió la autorización mantengan entre sí dos o más personas, sin perjuicio de su ampliación a otros posteriores, cada uno de los cuales deberá ser objeto de la correspondiente autorización judicial.*

En el art. 349 ALECrím se detallan de modo más preciso los requisitos para la utilización del resultado de la intervención de las comunicaciones o vigilancias acústicas en un proceso distinto, pero se impide su utilización en procedimientos en los que no se hubieran solicitado medidas de intervención de las comunicaciones o vigilancia acústica («respecto del cual podría haberse acordado la misma medida»), lo que impide que se puedan utilizar en procedimientos en los que se hayan interesado medidas relativas a observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen (art. 400) y registros (art. 419), o registros sobre dispositivos de almacenamiento masivo y registros remotos sobre ordenador, lo que en la práctica limita la utilización de la información en procesos distintos. El uso en otro procedimiento de la información obtenida afecta mínimamente a la intimidad ya que solo accedería al nuevo procedimiento el contenido útil de la información obtenida en la anterior



investigación siendo suficiente con el control a través de la autorización del juez de garantías para su utilización.

Por ello, consideramos que debe modificarse el precepto (art. 349 ALECrim) en el siguiente sentido:

*1. El resultado de la intervención de las comunicaciones o de la vigilancia acústica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otra investigación o proceso penal cuando concurren los siguientes requisitos:*

*a) que exista una autorización previa del juez de garantías competente para conocer de la nueva investigación y*

*b) que el uso de las informaciones resulte necesario para el esclarecimiento de un delito de los establecidos en el art.355*

*2. A los efectos de lo establecido en este artículo, se deducirá testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia.*

*En todo caso, en los antecedentes se incluirán los siguientes particulares: la solicitud para la adopción de la medida, la resolución judicial que la acordó y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.*

Igualmente, sorprende la regulación de las circunstancias del cese de la medida (art. 351 ALECrim), no por las causas en sí establecidas, que aclaran los motivos del cese, sino por la regulación de cese prevista en las disposiciones comunes relativas a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y en el apartado de disposiciones generales en el art. 362.3 ALECrim, que se mencionarán posteriormente. Debe destacarse que el cese lo acuerda el/la fiscal y lo comunica al juez y que el cese por detención de la persona investigada se matiza en el art. 364 ALECrim, que permite en su párrafo 2 «el mantenimiento de la intervención justificando la utilidad o idoneidad de su continuación para el total esclarecimiento de los hechos



investigados, para la determinación de sus autores o para la averiguación de su paradero».

Finalmente, se producen modificaciones terminológicas en relación con la destrucción de las grabaciones, incluso reproduciendo el art. 588 *bis* k) LECrim, entre las que deben valorarse positivamente la mención a la conservación «siempre que se haya autorizado su utilización en otros procedimientos» y una mayor concreción en la redacción del art. 352 ALECrím que establece que se destruyen los registros originales que incorporan los datos relativos a las comunicaciones y su contenido y las grabaciones originales, con una mayor precisión terminológica, frente a soportes y copias conservadas. La previsión es acorde con la jurisprudencia del TS que recuerda que «los Tribunales en las causas en las que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar de oficio en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido» (STS nº 565/2011, de 6 de junio). No obstante, sería interesante poder conservar las grabaciones por un tiempo razonable en supuestos como los establecidos en los párrafos d) y e) del art. 586. 2 ALECrím, es decir, «cuando no haya indicios suficientes para continuar la investigación, pero existen datos que en un futuro pueden permitir reabrir la investigación».

**§ 61.** El **Capítulo II** del Título II regula la «interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas», y se halla dividido en tres secciones que el índice del Anteproyecto no hace constar expresamente.

La **Sección 1ª** regula unas «disposiciones generales» aplicables a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (arts. 353 a 367).



La sección da comienzo con el art. 353 ALECrím que establece el objeto de la diligencia, utilizando los verbos *intervenir* y *registrar* en relación con las comunicaciones, para posteriormente hablar de *interceptar* cuando se refiere al contenido concreto objeto de las grabaciones, que es igual al que establecía el art. 588 *ter* b) 2 LECrím, regulándose de modo más ordenado los sujetos cuyas conversaciones pueden ser objeto de la medida en los párrafos 3 (investigado y tercera persona) y 4 (víctima), así como las condiciones que permiten ser sujeto pasivo de la misma en estos casos (tercera persona y víctima). Es de destacar que incluye el principio de proporcionalidad exclusivamente y no el resto de los principios que deben regir esta diligencia, por lo que debería modificarse el párrafo 1 del art. 353 ALECrím en el siguiente sentido:

*1. No se podrán intervenir ni registrar las comunicaciones que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemático, lógico o virtual, más que conforme a la reglas y garantías establecidas en este capítulo y respetando los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.*

La nueva regulación del proceso de investigación hace que sea el Ministerio Fiscal quien de modo exclusivo tenga la posibilidad de solicitar la medida (art. 354 ALECrím), manteniéndose la posibilidad de realizar la intervención en caso de urgencia que, en este caso, deberá ser ordenada por el/la Fiscal General del Estado, y revocada o confirmada por el juez de garantías, habiéndose ampliado el conjunto de delitos que pueden ser investigados, ya que explícitamente se habla de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, y no solo de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, como se establece actualmente en el art. 588 *ter* d) LECrím, lo que extiende el ámbito de aplicación a los delitos de la Sección 2ª del Capítulo VII del Libro II CP. Pese a ello, sorprende la reducción del plazo de revocación o confirmación de la medida por parte del juez de garantías, teniendo en cuenta que las investigaciones en las que se llevan a



cabo intervenciones de comunicaciones obedecen a una larga actuación previa y a la necesidad de obtener información de grupos criminales que se dedican de forma habitual a la comisión de delitos, por lo que no procede reducir el plazo previsto a 48 horas desde que se adoptó la medida, frente a las 72 horas actuales [art. 588 *ter d*) 3 LECrim], sin que se establezcan razones que justifiquen dicha reducción de plazo.

Por ello, se considera procedente la modificación del segundo apartado del art. 354.2 ALECrím en el siguiente sentido:

*Esta intervención se comunicará por escrito motivado al juez de garantías dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que, igualmente de forma motivada, revoque o confirme la diligencia en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que hubiera sido ordenada.*

El art. 355 ALECrím amplía el *ámbito de aplicación* respecto al establecido actualmente en el art. 579 LECrim, ya que en cuanto a los delitos graves habla de pena «igual o superior», mejorando la redacción que establecía un «límite máximo de, al menos, 3 años», manteniendo la interceptación de delitos cometidos a través de medios informáticos, tecnologías de la comunicación o medios de telecomunicación, y ampliando el listado de delitos que no concuerdan con las dos clasificaciones anteriores, ya que anteriormente solo podían ser investigados los delitos de terrorismo, a los que ahora se añaden «delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de la misma».



De este modo, se introduce un listado de delitos que, aun no teniendo la calificación de graves, la jurisprudencia se ha manifestado positivamente sobre su autorización. En todo caso y para delitos no establecidos en el apartado 2, debe acudir a la jurisprudencia del TS, según la cual una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas solo puede encontrar su justificación cuando lo que se persiga sea un delito grave, en el bien entendido de que no solo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena, sino también su trascendencia y repercusión social (SSTS nº 740/2012, de 10 de octubre); o como también recuerda la STC 202/2001, de 15 de octubre, lo que hace que se haya considerado la gravedad del delito en la investigación de un delito de contrabando de tabaco (SSTC 147/2001, de 29 de enero; 202/2001, de 15 de octubre) o delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus cargos (STC 184/2003, de 23 de octubre).

En cuanto a los *requisitos* de la intervención regulados en el art. 356 ALECrím, coinciden en su apartado primero con los que citan, entre otras, las SSTS 376/2018, de 23 de julio; 216/2018, de 8 de mayo; o la STC 253/2006, de 11 de septiembre. En relación con la introducción de la regulación legal de las conversaciones entre el letrado y su cliente, supone trasladar la prevista en el anterior art. 118.4 LECrím, que había traspuesto la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, y que en cuanto a la posibilidad de su intervención se menciona en los supuestos legalmente establecidos en los arts. 55.1.a) y 56 ALECrím y la destrucción de las grabaciones, habiéndose añadido la posibilidad de incorporar al procedimiento las comunicaciones y la destrucción de las conversaciones haciendo uso del art. 4 de la misma que establece «que los Estados miembros respetarán la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados, en el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado previsto en la presente Directiva. Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional». En este



sentido debe manifestarse que el TEDH ha proclamado (STEDH de 3 de mayo de 2015, *caso Pruteaunu vs. Rumanía*) el quebranto del derecho a la vida privada del abogado que conversa con un cliente cuya línea telefónica se intervino (art. 8 CEDH) cuando el abogado careció de la posibilidad de interesar en el procedimiento penal el control de la legalidad de las grabaciones que personalmente le afectaban o de solicitar la destrucción de las mismas (ATS 1205/2019, de 6 de febrero; o STS 419/2013, de 14 de mayo).

El requisito para la intervención telefónica previsto en la letra c) del apartado 1 del art. 356 ALECrim resulta excesivamente estricto pues exige que exista una relación objetiva entre los hechos investigados y la línea telefónica. Bastaría con suprimir el término «objetiva» para evitar cierta inseguridad jurídica.

La *solicitud* que debe ser interesada por el Ministerio Fiscal (art. 357 ALECrim), y la *autorización* por parte del juez (art. 358 ALECrim) son un correlato de los actuales arts. 588 *bis* b) y c) LECrim, con ciertas modificaciones. En la *solicitud* desaparece la posibilidad de petición por la policía judicial de la medida y la mención a sus principios rectores del art. 588 *bis* a) LECrim, y se introducen los que antes se exigían al juez de instrucción en la resolución judicial que adoptaba para acordar la medida. En la *autorización*, igualmente, se suprimen las referencias a la aplicación de los principios rectores de la medida que aparecían en el art. 588 *bis* c) 3 LECrim y se aprecia que coincide el contenido de la solicitud que debe presentar el Ministerio Fiscal para interesar la medida con el de la resolución judicial que lo acuerda, en parte, porque la autorización supone una concreción de los datos previamente interesados por el fiscal. Igualmente, en sentido positivo, se concreta la extensión de la medida, tanto en relación con los medios empleados, líneas telefónicas, sistemas de comunicación (párrafo 2), sucesivos medios contratados para realizar las comunicaciones (párrafo 3), medidas para preservar la integridad de los datos obtenidos en el proceso de comunicación (párrafo 4) y ratificación del secreto



(párrafo 5). Entendemos que si se hace mención a los principios que citamos en el art. 345 ALECrím, deberían incluirse en ambos preceptos.

El art. 359 ALECrím (*ampliación a nuevos hechos o personas*) supone la aplicación de las normas relativas a la posibilidad de que en la investigación se descubran nuevos hechos o la participación de otras personas en los hechos investigados y que se requiera la intervención de sus comunicaciones. En este sentido, debe interpretarse el concepto «inmediatamente» conforme a lo establecido en numerosas sentencias, ya que por la denominada *doctrina del hallazgo casual* se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la jurisprudencia ha exigido que para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación (v. gr. SSTs 616/2012, de 10 de julio; 138/2019, de 13 de marzo).

Respecto a la *ejecución de la medida* (art. 360 ALECrím), supone que por parte de la policía judicial se trasladen al Ministerio Fiscal todos los datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación o al registro de contenido de las comunicaciones, siendo una traslación de parte de los elementos del art. 588 *ter f*) LECrím sobre control de la medida relativos a la obtención de datos de tráfico (párrafo 2), contenido de las conversaciones (párrafo 3) y obligación de conservar las grabaciones íntegras. Lo que sorprende es que la referencia al control judicial de las medidas no aparezca determinada más que genéricamente en los arts. 347 y 358 ALECrím en el momento inicial y no existan referencias al control posterior de las intervenciones telefónicas.

Respecto al *deber de colaboración* (art. 361 ALECrím), no se menciona quiénes están obligados a prestar la colaboración, como sí hace en la



actualidad el art. 588 *ter e*), por lo que debería modificarse el párrafo 1 en el siguiente sentido:

*1. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al Ministerio fiscal y a los agentes de la policía judicial la asistencia y colaboración que les sea requerida para la práctica de la diligencia de intervención, grabación o registro.*

En cuanto a la *duración de la intervención y sus prórrogas* (arts. 362 y 363 ALECrím), los plazos de prórroga siguen siendo por periodos de 3 meses pero se limita el tiempo total de las prórrogas que no pueden superar en ningún caso el plazo de un año y, en todo caso, se acuerda el cese si la investigación no da resultados relevantes en el plazo de 20 días. En este sentido, y poniendo en relación el art. 348 ALECrím —relativo a la duración de la medida— con el art. 362 ALECrím —duración en las intervenciones telefónicas— y el art. 399 ALECrím —duración de la medida en la utilización de los dispositivos de captación de imagen—, surgen dos problemas. En primer lugar, no se establecen las razones por las que las prórrogas en el primer supuesto no pueden superar el plazo de un año y en las otras medidas llegan a los 18 meses [en los actuales arts. 588 *ter g*) y 588 *quinquies c*) ambas medidas tienen el mismo plazo de prórroga]. En segundo lugar, no se da en el art. 362 ALECrím un criterio claro para determinar qué es un *resultado útil* para la investigación de las conversaciones telefónicas, que no olvidemos impide mantener la intervención y registro de las comunicaciones y entra en contradicción con lo expresado en el párrafo 1 del art. 360 ALECrím sobre la ejecución de la medida durante el plazo indicado en el auto; además, el establecimiento de un plazo de tiempo (15 días en el art. 282.3 ALECrím de 2011 o los 20 días actuales) no tiene en cuenta que conforme a reiterada jurisprudencia (*vid.* SSTS 661/2013, de 15 de julio; 717/2013, de 1 de octubre),



«el efectivo control judicial implica que debe supervisar los resultados obtenidos de la práctica de la intervención telefónica (...) y podrá ordenar el cese en el momento en que claudiquen los motivos que la determinaron»; o la STS 849/2013, de 12 de noviembre, según la cual «para considerar cumplido el requisito de control judicial es suficiente con que el auto de autorización y el de prórroga fijen los períodos para que la policía judicial dé cuenta al Juez del resultado de las intervenciones, y que éste efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación», sin que en ningún momento se haga referencia a periodo temporal alguno.

Finalmente, la indefinición de *resultado útil* choca con el hecho de que la inutilidad tenga su origen en la actuación de los investigados y pueda ser la base para interesar otro tipo de medidas de investigación (captación de grabaciones orales), por lo que no se entiende cuál es el obstáculo para que se puede grabar por medio de un micrófono una conversación telefónica que mantiene un investigado que ya tiene intervenidas sus telecomunicaciones, conversación que es opaca para la investigación judicial.

Por ello, se interesa la modificación del art. 362 ALECrím en el siguiente sentido:

- 1. La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de la autorización judicial, será de tres meses.*
- 2. La interceptación podrá prorrogarse por períodos sucesivos de igual duración, hasta el plazo máximo de dieciocho meses, si subsisten las causas que la motivaron.*
- 3. Transcurrido el plazo por el que resultó concedida sin haberse acordado su prórroga la interceptación cesará a todos los efectos.*

En cuanto al *cese de la intervención*, que se refiere en todo caso a los supuestos de medidas de ejecución continuada en el tiempo, las causas de



cese se establecen en el art. 351 ALECrím; unas temporales (transcurso y vencimiento del plazo máximo), otras objetivas (desaparición de las circunstancias que justificaron la adopción de la medida) y, finalmente, se incluye la regulación del cese de la medida en el supuesto de detención de la persona investigada (art. 364 ALECrím), salvo que lo autorice el juez, que entendemos que no será necesaria, ya que la medida cesa si desaparecen los motivos que la fundamentaron, por lo que el hecho de la detención en sí no implica el cese de la medida y podría impedir tener acceso al tráfico de información que pudiera producirse como consecuencia de la detención. En todo caso, formulada por el Ministerio Fiscal petición de mantenimiento de la intervención tras la detención, el juez de garantías debiera responder de manera expresa en el plazo de 72 horas, previsión que habría de ser incluida en el art. 364.2 ALECrím.

El art. 366 ALECrím regula la *comparecencia de la persona investigada para el examen de las grabaciones*, que articula una comparecencia de difícil gestión, ya que incluso el propio Anteproyecto prevé la duración temporal de la misma en varias sesiones para decidir, una por una, las conversaciones que deberían ser conservadas para el procedimiento de investigación, cuando las partes ya tienen previo conocimiento del contenido de las grabaciones, por lo que entendemos que es más factible la aplicación de las previsiones del anterior anteproyecto y que no coincide con la regulación actual prevista en el art. 588 *ter* i) LECrím, que regula el acceso por las partes a las grabaciones estableciendo un procedimiento en el que pueden solicitar su inclusión sin necesidad de vista, y que tampoco coincide con las previsiones del art. 306 de la PCPP de 2013.

Por ello, se interesa la modificación del art. 366 ALECrím en el siguiente sentido:



1. *Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, el fiscal entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.*
2. *Una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el fiscal, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El fiscal, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.*
3. *Se notificará por el fiscal a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita, se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia.*

Respecto a la *utilización de las grabaciones en el juicio oral* (art. 367 ALECrím), la STS 132/2019, de 12 de marzo, establece que «la LO 13/2015 en modo alguno exige ni el cotejo de las transcripciones, ni que la labor de cotejo se someta a un trámite contradictorio; relegando a la propia fase de instrucción o al acto del plenario la posibilidad de su confrontación con las grabaciones. Insiste además en la innecesaridad de la audición de las grabaciones por el juez instructor; bastando con que “...antes de las decisiones ulteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos”; considerando suficientes las transcripciones policiales aportadas y los informes detallados».



En definitiva, el cotejo de las transcripciones no se ha considerado por la jurisprudencia mayoritaria como un requisito esencial para la propia validez de la intervención de las comunicaciones en sede de instrucción, como única pretendida forma posible de llevar a efecto el control judicial de la medida; ni adquiere relevancia como exigencia ineludible para la valoración probatoria de las grabaciones en sede de plenario, salvo que sean las transcripciones las que finalmente accedan al mismo. La reforma de la LO 13/2015 no ha hecho sino reforzar aún más este planteamiento jurisprudencial, incidiendo de forma concluyente en que el medio de prueba es y seguirá siendo la grabación en sí misma, no precisada obviamente de cotejo alguno de sus transcripciones.

Por otro lado, se desconoce en qué manera queda afectado el letrado de la administración de justicia en su función de fedatario público en la materia para comprobar la integridad de las grabaciones, y la función del juez de garantías que según el art. 358 ALECrím tiene el control judicial de la medida y conoce el resultado de la intervención o la transcripción de aquellos pasajes relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida. La STS 161/2020, de 18 de mayo de 2020, señala al respecto que «el material probatorio son las cintas grabadas y no su transcripción, que tiene como misión permitir el más fácil manejo de su contenido. Las cintas originales han estado a disposición de las partes que han podido comprobar desde la fase de instrucción la autenticidad de su contenido, su efectiva intervención en las conversaciones y la corrección de su traducción y transcripción».

Según el art. 367 ALECrím, deben transcribirse las cintas grabadas, sin especificar quién debe llevar a cabo esa labor, cómo se le da valor a la transcripción, y nada se menciona sobre las obligaciones que se imponían a la policía judicial en el art. 588 *ter f*) LECrím que establece que «[e]n cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 588 *bis g*, la policía judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las



grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas».

En relación al apartado 2 del art. 367 ALECrím cabe preguntarse si esa limitación es compatible con la tutela judicial efectiva.

§ 62. La regulación de las normas sobre datos electrónicos o asociados que figura en el art. 368 ALECrím (**Sección 2ª** del Capítulo II) ha mantenido esencialmente la instaurada en la LO 13/2015, de 13 de octubre, pero sufre modificaciones que se ciñen al hecho de que será el Ministerio Fiscal quien tendrá la obligación, en su caso, de interesar del órgano judicial la información relativa a los mismos y no la policía judicial, como se establece en el art. 588 *ter j*) LECrím.

§ 63. La **Sección 3ª** de este Capítulo II versa sobre el acceso a los datos necesarios para la identificación del usuario y del terminal. (arts. 369 a 371).

El art. 369 ALECrím regula *la identificación mediante una dirección IP*, que es similar al actual art. 588 *ter k*) LECrím, y que puede ser realizada por los agentes de la policía judicial única y exclusivamente para la investigación de los delitos establecidos en el art. 355 ALECrím, siendo necesaria la obtención de la autorización judicial interesada por el Ministerio Fiscal para requerir a la operadora la cesión de datos que permitan la localización del terminal y la identificación del sospechoso. Dicha limitación no resulta proporcionada ni congruente con la naturaleza de la medida ya que los datos relativos a la *IP* en nada afectan al secreto de las comunicaciones. En este sentido, la STS 197/2021, de 4 de marzo, dispone que «la obtención de la *IP* sin autorización judicial se consideraba legítima bajo la normativa anterior a la ley de 2007 (*vid.*



STS 1299/2011, de 17 de noviembre). Sigue siéndolo en determinadas condiciones (*vid* art. 588 *ter* k) y, *mutatis mutandi*, art. 588 *ter* l), lo que, por otra parte, resulta muy razonable en tanto sin graves dificultades cualquier particular puede sin habilidades especiales y sin clandestinidad alguna, acceder a ese dato que revela por sí solo muy poco. Solo son una clave en grupos de cifras. Como explica bien la circular 2/2019 de la Fiscalía General del Estado la IP por sí sola es muy poco invasiva, pues no identifica a nadie». Por ello, el Consejo Fiscal interesa la supresión del apartado 2 del art. 369 ALECRim.

El art. 370 ALECRim, en relación con la *identificación de los terminales, mediante captación de códigos de identificación*, que se regula actualmente en el art. 588 *ter* l) LECrim, elimina la facultad de la policía judicial para decidir por sí misma la utilización de esas herramientas al establecer que el Ministerio Fiscal podrá autorizar —aunque no dice a quién— la utilización de instrumentos o procedimientos que permitan conocer los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato o alguno de sus componentes (IMEI o IMSI), lo que puede implicar el riesgo de limitar la eficacia de esta media para averiguar el delito o determinar sus responsables. Entendemos que dicha regulación no tiene en cuenta que estamos ante una diligencia de investigación preparatoria de otra más invasiva que sí requerirá autorización judicial y que los números IMEI e IMSI no son sino códigos identificativos respectivamente de un concreto dispositivo móvil o del abonado de una línea de comunicación móvil y no permiten, por sí mismos, obtener algún otro tipo de información relacionada con la actividad, localización o comunicaciones del titular/usuario afectado, por lo que su incidencia en su intimidad o privacidad es muy leve y, por lo tanto, no es de aplicación la limitación de los delitos establecidos en el art. 355 ALECRim. Asimismo, contradice la jurisprudencia del TS que permite realizar tal operación a la policía judicial, como cita la Circular 2/2019 de la FGE, de 6 de marzo, *sobre interceptación de comunicaciones telemáticas*. La STS 249/2008, de 20 de mayo, establece que «[e]l TS tiene declarada la legitimidad de que sea la propia Policía la que los obtenga —los datos técnicos, concretamente, el IMSI y



el IMEI— por sí misma y por sus medios técnicos en la medida que con ellos se desconoce incluso el número telefónico concernido, y las llamadas que pudieran recibirse y efectuarse, y, por supuesto se desconoce igualmente las conversaciones (SSTS 1115/2011, de 17 de noviembre; 79/2011, de 15 de febrero; 249/2008, de 20 de mayo; 776/2008, de 18 de noviembre; 676/2012, de 26 de julio)». En consecuencia, el Consejo Fiscal propone la supresión del requisito de la autorización del Ministerio Fiscal prevista en el apartado 1 del art. 370 ALECrím al tratarse de actuaciones investigadoras que la policía judicial puede realizar por sí misma conforme a la legislación actual [art. 588 ter l)] y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Finalmente, en el art. 371 ALECrím, a los solos efectos del conocimiento de la *identificación de titulares de terminales o dispositivos de conectividad*, solo se autoriza al Ministerio Fiscal y no a la policía judicial la posibilidad de obtener estos datos, con las limitaciones a los delitos establecidos en el art. 355 ALECrím, como se establece en el actual art. 588 ter m) LECrím. La limitación del uso de la medida a los delitos del art. 355 ALECrím impide obtener la información sobre abonados que puede resultar también de gran utilidad en otro tipo de investigaciones o para la averiguación de otras conductas delictivas que bien por su naturaleza, bien por la pena que les corresponde no se encuadran en los parámetros establecidos por el art. 355 ALECrím, y contradice además lo establecido en la STJUE, de 2 de octubre de 2018 (asunto C-207/16), que ha proclamado que si bien la obtención de estos datos constituye una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, no reviste la gravedad suficiente como para limitarla a la lucha contra la delincuencia grave, estando justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir delitos en general; y también en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 2018, sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal. Por consiguiente, el Consejo Fiscal interesa que el art. 371 ALECrím autorice expresa y directamente a la policía judicial para recabar



los datos de identificación de titulares o de terminales o dispositivos de conectividad tal y como en la actualidad prevé el art. 588 ter m) LECrim.

**§ 64.** El **Capítulo III** del Título II regula *la interceptación de las comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes* (arts. 372 a 382).

Frente a la regulación actual de los arts. 579 a 588 LECrim, se alza en el Anteproyecto otra más detallada y que establece ciertas novedades.

En cuanto a las garantías judiciales de las comunicaciones postales (art. 372), se regula de modo conjunto la definición de actuaciones que requieren autorización judicial; por un lado, la observación, la detención, el registro, la apertura y el examen de la correspondencia postal; y por otro, la entrega de las copias de los telegramas, faxes y burofaxes, que antes se regulaban en preceptos distintos. Se establece una actuación judicial basada en la necesidad de *autorizar* en lugar de *acordar*, y se mencionan los supuestos que no requieren autorización judicial del mismo modo que establece el art. 579.4 LECrim.

En el actual precepto no se han introducido las cláusulas de urgencia y necesidad que motivarían que el Ministerio Fiscal adoptara la medida (actual art. 579.3 LECrim), ni la posibilidad de la observación de las comunicaciones postales o telegráficas durante un periodo de tiempo (actual art. 579.2 LECrim), ni, en su caso, los plazos y prórrogas que están dentro de las disposiciones comunes, cuando se prevé en el art. 377 ALECrím que se dé cuenta al Ministerio Fiscal con la periodicidad que se señale en la resolución de los movimientos de la correspondencia, y se ha establecido en los arts. 362 y 363 ALECrím (intervenciones telefónicas o telemáticas), art. 399 ALECrím (medida de vigilancia sistemática o de obtención de imágenes), art. 434 ALECrím (medida de aseguramiento), al tener todas ellas una duración temporal en su ejecución que afectaría a la detención y apertura de la correspondencia.



En cuanto a los requisitos de las diligencias (art. 373 ALECrím), se amplía el catálogo de delitos que permiten su utilización por remisión al art. 355 ALECrím, estableciendo los criterios para su uso que coinciden sustancialmente con los interesados para otras medidas, como los de las intervenciones telefónicas (art. 356 ALECrím) pero adaptadas al medio que se interviene.

En este sentido, los arts. 374 y 375 ALECrím, que regulan la solicitud del Ministerio Fiscal y la resolución judicial que acuerda la medida, se adecúan a los elementos objetivos, subjetivos y formales que requieren de modo específico este tipo de intervención, conforme a las normas previstas en otro tipo de medidas, e incluyen la declaración del secreto total o parcial de las actuaciones (art. 374.2 ALECrím) y la ratificación del secreto por la autoridad judicial (art. 375.3 ALECrím).

En relación a la ampliación a nuevos hechos o personas (art. 376), del mismo modo que el art. 359 ALECrím, se aplican las normas relativas a la posibilidad de que en la investigación se descubran nuevos hechos o la participación de otras personas y que se requiera la intervención de sus comunicaciones.

En cuanto a la ejecución de la medida (art. 377) y la colaboración en su ejecución (art. 378), el juez de garantías, a petición del fiscal que es quien va a ejecutar la apertura y registro de la correspondencia privada, puede habilitar a los funcionarios o agentes de policía judicial y jefes de la oficina de la empresa de transporte para la apertura y detención, que deben de guardar secreto y prestar colaboración.

Finalmente, frente a los preceptos de la actual ley procesal y siguiendo con los criterios establecidos en el ALECrím de 2011 (arts. 290 a 301) y la PCPP de 2013 (arts. 313 a 319), el texto prelegislativo cambia el régimen de apertura y registro de la correspondencia postal, que en la actualidad es ejecutado por el



juez (arts. 586 y 587 LECrim), para ser llevado a cabo por el Ministerio Fiscal (art. 380 ALECRim).

La regulación es más precisa que la actual al distinguir, por un lado, la apertura de la correspondencia en actuaciones no declaradas secretas, que se realizarán previa citación de las partes (art. 379 ALECRim) y con documentación a través de acta (art. 380 ALECRim), así como la devolución o destrucción de documentos en los mismos supuestos que establece el texto prelegislativo para otros casos (art. 381 ALECRim), y, por otro lado, aquellos supuestos previstos en el art. 380.2 ALECRim respecto a la apertura en actuaciones declaradas secretas o tras declaración de rebeldía de la persona investigada en las que para salvaguardar el principio de contradicción se establece la intervención del juez de garantías con la presencia de la persona investigada y/o su abogado en la diligencia de apertura (art. 379.2 ALECRim).

La novedad en la diligencia de apertura se basa en su ejecución por parte del Ministerio Fiscal, ya que en todo caso se respeta el principio de contradicción al permitir la participación del investigado y su abogado en su práctica y, en todo caso, se cumple con un procedimiento garantista con la intervención del juez en los supuestos de rebeldía de la persona investigada o secreto de las actuaciones. No obstante, debería estar prevista la posibilidad de que dicha diligencia pudiera ser realizada mediante su registro en un soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen del mismo modo que en el art. 321.3 ALECRim respecto a la declaración de la persona investigada. El único problema surge en los supuestos en los que pueden existir conflicto sobre el concepto de correspondencia que haga referencia a los hechos investigados o cuya conservación resulte necesaria para el ejercicio del derecho de defensa, cuando sea solicitado a instancia de parte y no sea acordado por el/la fiscal o el juez de garantías, en su caso.



Igualmente, nada se dice sobre cómo se incorporan al procedimiento el acta de la diligencia (art. 381 ALECrím) y la correspondencia abierta que puede ser utilizada como medio de investigación de la causa.

Se debiera prever, no obstante, la posibilidad establecida en el art 321.3 ALECrím de la documentación de la diligencia mediante registro en un soporte apto para la grabación y la reproducción de la imagen y sonido.

Finalmente, en cuanto a la devolución o destrucción de documentos (art. 382), se establece un sistema sencillo que contrasta con el previsto en el art. 366 ALECrím para el examen de las grabaciones de las intervenciones telefónicas o telemáticas o en el art. 392 ALECrím para la captación de conversaciones.

**§ 65.** El **Capítulo IV** del Título II establece la regulación de la «interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido» (arts. 383 a 393).

La utilización de dispositivos electrónicos para la captación de conversaciones privadas de la persona investigada en el interior de su domicilio supone un mayor grado de injerencia en la expectativa de privacidad que pudiera tener cualquier persona, ya que esta medida afecta no solo a la conversación que pudiera tener por medio del teléfono (intervención telefónica) o la intimidad que pueda verse concernida por la colocación de un dispositivo de seguimiento adosado al vehículo, sino también a todas aquellas personas que puedan estar en la vivienda donde se lleva a cabo la misma, lo que requiere un mayor grado de aplicación de los principios de especialidad, proporcionalidad, idoneidad, excepcionalidad y necesidad de la medida (suprimidos en el Anteproyecto), que son los que determinan la concreta extensión de la medida.

La regulación en un Capítulo IV dentro del Título II del Libro IV supone que son de aplicación las disposiciones comunes establecidas en este título, que se ven



complementadas por normas más estrictas en los preceptos que regulan su régimen jurídico, por considerar que la expectativa de privacidad de un domicilio es superior a la que pueda derivarse de la intervención de un teléfono o la colocación de un dispositivo de geolocalización, pero que en modo alguno se da en los supuestos de captación en lugares públicos en los que la comunicación puede ser escuchada sin autorización judicial sin recurrir a la grabación, o bien en otros lugares que no tienen el ámbito de protección del domicilio (restaurante, vehículo, etc.).

El objeto de la presente diligencia se define de modo más amplio a lo establecido en la regulación actual al sustituir en el art. 383 ALECrIm el concepto de *comunicaciones orales directas* por el de «conversaciones privadas» (ya analizado anteriormente), lo que implica un mayor grado de intimidad en el desarrollo de estas. La redacción actual, en cuanto al contenido de la medida, establece dos posibles finalidades de modo alternativo «escucha y grabación» que podrán ser captadas, es decir, recogidas mediante mecanismos para tenerlas registradas o para poderlas transmitir, y ampliando el ámbito espacial de aplicación de las mismas que puede desarrollarse tanto en la vía pública, como en un domicilio privado o en un lugar donde se desarrollen actividades de carácter íntimo, ya que lo que justifica la solicitud de la medida es el carácter privado de la conversación, pudiendo complementarse con la obtención de imágenes y que, por lo tanto, tienen distinto régimen que el de la sola observancia o vigilancia física de los arts. 394 a 404 ALECrIm.

Respecto al concepto de *encuentro concreto* al que ya nos hemos referido anteriormente, debe citarse la definición que se da en la Circular 3/2019, de la FGE, *sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, que establece que «la concreción del encuentro cuyas comunicaciones orales podrán ser captadas y grabadas vendrá determinada por la delimitación o precisión del lugar, las personas que intervengan y el momento o lapso temporal en el cual tendrá lugar el encuentro.



La determinación o concreción temporal de los encuentros existirá cuando se aporten indicios que los hagan previsibles en un determinado lapso de tiempo, a pesar de que se desconozca el momento preciso en que los encuentros habrán de tener lugar» (coincide con el fijado en la STS 718/2020, de 28 de diciembre).

Sin embargo, esa equiparación del domicilio a otro lugar de carácter íntimo o a la vía pública, en lo relativo al régimen restrictivo de la autorización de la medida, ha sido interpretada en la STS 718/2020, de 28 de diciembre, cuando dispone que «[t]ampoco son equiparables entre sí las distintas medidas de injerencia que tienen cabida en el enunciado del art. 588 *quater* a) de la LECrim», y en la STS 655/2020, de 3 de diciembre, que después de citar todas las posibilidades que ofrece esta medida, establece que son imaginables formas de intromisión menos intensas que la que se desarrolla en el interior del domicilio. La colocación de dispositivos de grabación en un restaurante en el que va a producirse un encuentro entre investigados, la instalación de micrófonos en el interior de un vehículo que es habitual lugar de encuentro con otros sospechosos y, en fin, la grabación en una oficina en la que se prevé que va a concertarse la estrategia delictiva, son medidas de investigación que, pese a su incidencia directa en el espacio de privacidad, toleran una autorización judicial conforme a los criterios más extendidos de valoración indiciaria. Pero nada de esto es equiparable a la grabación de las conversaciones de todos aquellos que, además del investigado, conviven en el mismo domicilio.

Se especifican los elementos concretos que debe tener en cuenta la solicitud inicial del Ministerio Fiscal (art. 384 ALECRim), ya que debe especificar las posibles injerencias que pueden derivar de la intervención solicitada, como son la autorización judicial para el caso de que sea necesaria la entrada en el domicilio o lugar de donde se desarrollen las actividades de carácter íntimo para la colocación del mecanismo, y en su caso la solicitud de autorización para complementar las grabaciones interesadas con la obtención de imágenes,



que ya se establecía en el art. 588 *quater* a) LECrim y que se regula en el párrafo 2 del art. 397 ALECRim.

En la concreción del ámbito de la vigilancia acústica que refleja el art. 385 ALECRim, se define como *ámbito subjetivo de aplicación de la medida* las conversaciones privadas de la persona investigada, aun cuando afecte a la intimidad de interlocutor o terceros. Igualmente, se excluyen de la posibilidad de aplicación de la medida las conversaciones en los supuestos de dispensa de declaración por razón de parentesco o secreto profesional (salvo que el procedimiento también se siga contra las personas que están en esa situación). Finalmente, se limita el ámbito espacial al domicilio de la persona investigada con la excepción de la posibilidad de la utilización en domicilio de tercera persona si el investigado se encuentra en su interior, y dentro de dicho ámbito se instituye la prohibición de captación de imágenes o sonidos del domicilio, si afecta de forma directa y grave a la intimidad de los moradores.

En cuanto a los *requisitos para su autorización* establecidos en el art. 386 ALECRim, si bien los requisitos de proporcionalidad y necesidad aparecen como imprescindibles para adoptar la resolución que habilita la intervención solicitada, entendemos que el párrafo 1, al anudar dos requisitos sucesivos —el carácter grave del delito y que este sea susceptible de ser investigado mediante un agente encubierto— limita la utilización de la citada medida en relación con la actual regulación del art. 588 *quater* b) LECrim, sin que se establezcan razones que impliquen esa restricción al uso de la medida. En este sentido, el art. 500 ALECRim establece como criterios para autorizar la actuación del agente encubierto: «2. Esta diligencia solo podrá ser autorizada cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito de organización criminal previsto en el artículo 570 *bis* del Código penal siempre que en la organización investigada concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que tenga por objeto la comisión de delitos graves; b) que, aun teniendo por objeto la comisión de delitos menos graves, concurra en ella alguna de las



circunstancias señaladas en el apartado 2 del artículo 570 *bis* del Código Penal. 3. En todo caso, podrá autorizarse esta diligencia cuando concurren indicios de la comisión de un delito de organización o grupo criminal terrorista contenido en el artículo 571 del Código penal».

Es decir, la futura regulación limita el uso de la medida ya que solo puede ser utilizada en los supuestos de indicios racionales de la comisión de un delito de organización criminal del art. 570 *bis* CP, suprimiendo la posibilidad de su utilización para delitos de terrorismo e impidiendo igualmente su uso en el supuesto de delitos graves, ya que anuda el uso a lo establecido en el art. 500 ALECrim, dejando fuera de su ámbito entre otros delitos los de asesinato, homicidio, detención ilegal con desaparición forzosa, secuestro, violación, trata de seres humanos, elaboración y difusión de pornografía infantil, estragos, tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, cohecho, malversación, rebelión, sedición, depósito de explosivos o delitos contra la comunidad internacional, siempre que estos hayan sido cometidos por personas individuales no integradas en una organización criminal o terrorista. Esta regulación impediría su aplicación en la investigación de un supuesto reciente en el que se instaló en el vehículo de una investigada por la desaparición y muerte de un pequeño en la zona del sur de España, mediante el que se obtuvo información vital para el desarrollo de la investigación; por tanto, lo decisivo es restringir vigorosamente la posibilidad de utilizar la misma en la investigación de tipos delictivos concretos y tasados, estableciéndose un catálogo de infracciones en cuya investigación se pueda hacer uso del mismo y excluirlo en los demás casos, en lugar de la regulación propuesta que limita la utilización bajo el criterio de los encuentros registrables.

Entendemos que el juicio de procedencia de la autorización de la medida no debe fijarse en la concurrencia de los dos criterios (gravedad del delito y delitos del ámbito del agente encubierto), sino que el juez de garantías debe aplicar los principios rectores de las disposiciones comunes como habilitantes de la



medida, de acuerdo con lo establecido en el art. 355 ALECrím y, sobre todo, con la posibilidad de comprobar la imposibilidad de utilizar un medio menos gravoso para la adopción de la medida, por lo que la redacción del precepto en cuanto a los requisitos debería ser similar a la establecida en el actual art. 588 *quater* b) LECrím. Asimismo, la adopción de la medida debe basarse en la *previsibilidad* del encuentro, entendida como la suposición fundada de una nueva reunión derivada de las reuniones previas continuadas que pueden suponer fundadamente que en futuro se seguirían reuniendo y la *concreción* del encuentro derivada de las circunstancias temporales, espaciales (lugar del encuentro) y subjetivas (personas que pueden participar).

El marco normativo y doctrinal al que debe ajustarse la regulación legal procede del Tribunal Europeo de Derechos humanos que al interpretar el artículo 8 CEDH en numerosas sentencias [*Caso Khan contra el Reino Unido* (STEDH de 12 de mayo de 2020), *Caso Doerga contra los Países Bajos* (STEDH de 27 de abril de 2004), *Caso Vetter contra Francia* (STEDH de 31 de mayo de 2005)] establece la salvaguardia que debe cumplir la ley de similar tenor a las exigidas para la intervención telefónica. Es por ello que la injerencia en el secreto de las comunicaciones es la misma en una conversación telefónica que en una conversación presencial, y que en ambos casos está protegido por el art. 18.3 CE, con la única salvedad con relación al derecho a la intimidad derivada del lugar de instalación, como pudiera ser el caso de un domicilio, que requeriría un plus reforzado de motivación, pero no en los demás supuestos donde no existe esa mayor afectación de la intimidad (vía pública o vehículo).

Igualmente, los arts. 387 y 388 ALECrím, que regulan la solicitud del Ministerio Fiscal y la resolución judicial que acuerde la medida, serán determinantes para la apreciación de la misma, ya que la necesidad y proporcionalidad se determina en los particulares que incluye la resolución judicial, que es más restrictiva en sus términos a la hora de la autorización a la vista de los



derechos en juego. En este sentido, baste destacar la mención al espacio concreto de colocación [art. 388.1.d) ALECRim], el carácter concreto del encuentro o de la información que se pretende obtener con la medida [art. 388.1.f) y g) ALECRim].

En cuanto a la *ejecución* de la medida (art. 389 ALECRim), el Anteproyecto detalla la necesidad de autorización para la entrada en el domicilio (art. 413.1 ALECRim) y la captación de imágenes, el control por parte del Ministerio Fiscal de la forma de llevarse a cabo (grabaciones originales e identidad de los agentes) y el carácter potestativo del Ministerio Público de interesar a la unidad de policía judicial la transcripción de las medidas.

En lo que se refiere al cese de las escuchas y grabaciones (aspecto temporal), el problema se deriva de la definición de *encuentro concreto* y cuándo se debe considerar que el mismo se ha llevado a cabo, ya que las causas de cese no ofrecen conceptualmente dudas e, incluso, la posibilidad de la grabación de la persona que se encuentra sola pero cuyas conversaciones pueden ser necesarias para la investigación podría tener cabida.

Finalmente, la comunicación del cese de la medida a las partes y al juez se anuda a la celebración del encuentro concreto o al hecho de que dejen de existir los presupuestos por las que se adoptó la medida, y la ampliación para otros encuentros que requiere una nueva autorización (art. 391 ALECRim) da lugar —como en el resto de medidas— a la posibilidad de que la persona afectada comparezca a una diligencia para excluir los extremos que considere oportunos (art. 392 ALECRim). Igualmente, se regulan los criterios para la utilización posterior de las grabaciones (art. 393 ALECRim) en los que se establece la transcripción que aparece prevista en el párrafo 4 del art. 389 ALECRim.



**§ 66.** El **Título III** del Libro III viene dedicado a las «observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen» (arts. 394 a 404).

El ALECrim de 2011 (arts. 314 a 324) y la PCPP de 2013 (arts. 329 a 333) regulaban las observaciones y vigilancias físicas y la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización como medios de investigación. Sin embargo, la reforma operada por la LO 13/2015 no incluyó las primeras dentro de la regulación de la ley procesal.

El Anteproyecto instaura una regulación que establece un régimen mixto en el que permite su práctica por la policía judicial (vigilancias físicas) y establece la autorización judicial en ciertos supuestos (vigilancias sistemáticas), pese a que la jurisprudencia se pronuncia mayoritariamente en el sentido de considerar que la adopción de la medida no producía vulneración del derecho a la intimidad de la persona, siempre y cuando se tratase de actuaciones de policía judicial que se desarrollasen con la finalidad de preparar el juicio, averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes, conforme al art. 299 LECrim. En este sentido, cabe citar las SSTS 906/2008, de 19 de diciembre; 562/2007, de 22 de junio; 55/2007, de 23 de enero; y fundamentalmente la 272/2017, de 18 de abril, según la cual «[l]o relevante es discernir cuando se trata de un espacio reservado a la autorización judicial, domicilio o lugar cerrado, o cuando por propia iniciativa los agentes pueden captar las imágenes cuestionadas por tratarse de "lugares o espacios públicos", pues en estos, incluyendo con carácter general todos aquellos ajenos a la protección constitucional dispensada por el artículo 18.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) a la inviolabilidad domiciliaria o por el artículo 18.1 a la intimidad, podrá ser decidida por propia iniciativa por los agentes de policía».



Asimismo, la regulación legal actual diferencia, por un lado, entre la necesidad de autorización judicial que se prevé en la LO 4/1997, de 4 de agosto, *por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos*, que permite la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, debido a que su finalidad es el mantenimiento de la seguridad y la prevención de delitos en lugares públicos; y, por otro lado, el supuesto de captación de imágenes en la investigación y persecución de un delito concreto, ya que es evidente que fuera de dicha finalidad, la captación de imágenes, incluso en lugares públicos, puede implicar una injerencia en el ámbito del derecho a la intimidad y propia imagen.

El texto prelegislativo contiene la regulación de ambos anteproyectos, diferenciando, en primer lugar, los supuestos de las llamadas vigilancias físicas (art. 394) que pueden ser realizadas por los miembros de la policía judicial por sí o por orden del Ministerio Fiscal, de los supuestos de vigilancias sistemáticas en las que concurre cierto grado de permanencia temporal (art. 395 ALECrím), y, en segundo lugar, las vigilancias realizadas mediante medios técnicos de localización, seguimiento y obtención de imágenes del art. 396 ALECrím que requieren en todo caso autorización judicial, previa solicitud del Ministerio Fiscal.

Esta diferencia supone una delimitación entre las tareas de vigilancia física, la utilización de medios de captación de la imagen, que pasan a regularse con independencia de la tarea de vigilancia en sí y, finalmente, la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento o localización, englobando dentro de los mismos el uso de un dispositivo GPS o similar, controlado por la policía judicial, a instalar en el vehículo del investigado o cualquier otro objeto que pueda llevar (dispositivos técnicos), y la obtención de datos de localización GSM que puede generar el dispositivo de telefonía móvil de la persona investigada (medios técnicos).



La regulación relativa a las vigilancias físicas supone la existencia de un ámbito objetivo para su aplicación (observación de personas, lugares o cosas relacionados con el hecho delictivo) y un ámbito espacial (que se lleven a cabo en la vía pública o lugares abiertos y nunca puede afectar al domicilio de una persona), lo que no obsta que en la observación directa de los agentes en una vigilancia, siempre que no se utilicen medios que sitúen al observante en una posición de ventaja respecto al observado, legitimen la misma, conforme a las SSTS de 15 abril 1997 (rec. núm. 397/1996) y de 18 de febrero de 1999 (rec. núm. 17/1998).

Igualmente, cabe destacar que la utilización de este medio de investigación, ya sea en el supuesto de vigilancia sistemática o utilización de medios de seguimiento, localización y captación de la imagen, no considera los parámetros del art. 355 ALECrim para su autorización, es decir, puede ser autorizado para la investigación de cualquier hecho delictivo, aunque requiere un ámbito subjetivo determinado (persona o personas investigadas) y excepcionalmente terceras personas que bien estén relacionadas con los autores, bien sea necesaria la medida para averiguar los delitos, autores, efectos, instrumentos o pruebas, bien acompañen a las personas investigadas. En todo caso, para su autorización deben cumplirse los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad (STS 141/2020, de 13 de mayo).

Se definen los criterios que convierte una vigilancia física en vigilancia sistemática, que precisa la autorización judicial para llevarse a cabo. Estos criterios se basan en considerar un periodo temporal de observación continuada, que se cifra en que se lleven a cabo en 36 horas ininterrumpidas, cinco días consecutivos o cinco días no consecutivos en el plazo de un mes. Entendemos que la sujeción a la previa autorización judicial de determinados seguimientos policiales puede dar lugar a una merma de la eficacia de la investigación policial y una limitación de las capacidades del Estado en la



persecución del delito, que no está justificada desde la protección del derecho fundamental a la intimidad y es contradictorio con el hecho de que tanto la administración como las compañías privadas pueden sin autorización judicial establecer numerosas cámaras de videovigilancia y seguridad, mientras que la posibilidad de vigilancia llevada a cabo en el ejercicio de la función de policía judicial de realización de las actuaciones establecidas en la ley para la averiguación de los hechos delictivos y el descubrimientos de sus responsables (art. 530 ALECrím) se encuentre limitada y sujeta a autorización judicial. En este sentido, la reciente STS 312/2021, de 13 de abril, establece que «[l]os investigados sometidos a proceso penal carecen de un derecho que les ampare a desvelar los puntos de apostamiento policial, o la identidad de los confidentes, o la información recabada mediante técnicas de criminalística que perderían su eficacia si se divulgaran masivamente. No existe un derecho a conocer los instrumentos y materiales concretos de los que se dispuso la policía para la investigación y que podrían quedar desprovistos de eficacia para intervenciones futuras».

A mayor abundamiento, debe precisarse que la necesidad de recabar la autorización judicial para desarrollar vigilancias sistemáticas colisiona con la propia naturaleza de la investigación policial preliminar. La práctica de este tipo de diligencias a iniciativa de la fuerza pública debiera admitirse siempre que la identidad de los responsables criminales no se hubiere sido determinada o, cuando a pesar de existir sospechas respecto a uno o varios sujetos, estas no gocen de la suficiente entidad para justificar la atribución formal del hecho delictivo ni, por ello, la incoación del procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal. En definitiva, carecería de sentido exigir en una fase de investigación preliminar, en la que la policía se encuentra tratando de verificar la seriedad de las sospechas existentes, exigir la incoación del procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal o, en su caso, admitir una intervención jurisdiccional previa a dicha incoación.



En cuanto a la utilización de medios o instrumentos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el prelegislador ha optado por proteger el espacio de intimidad afectado por la intromisión que supone la utilización de aquellos a través de la autorización judicial, aunque la afectación a la intimidad de la ubicación en el tiempo y en el espacio del investigado puede implicar una injerencia en su intimidad de menor intensidad. Sin embargo, la naturaleza de los datos personales que pueden verse afectados como consecuencia de su utilización implica una adecuada interpretación de las exigencias constitucionales de protección que aparecen actualmente reguladas en el actual art. 588 *bis* a) LECrim, pero no coincide con el derecho comparado ya que en la legislación francesa (arts. 230-32 a 34 CPP) puede ser autorizada por el fiscal o el juez en función del tipo de investigación que se desarrolle.

La regulación goza de una cierta imprecisión al utilizar indistintamente los términos *medios técnicos de seguimiento y localización* (art. 396.1), *dispositivos* (art. 396.2 y 399) y *medios técnicos* (art. 400), sin que exista una definición clara sobre dichos conceptos, ya que en el propio encabezamiento del Título III solo se refiere a *dispositivos*, sin hacer referencia a los medios técnicos, por lo que deben aclararse los conceptos.

Los requisitos para su utilización (art. 396) se basan casi exclusivamente en el principio de proporcionalidad, sin que se tengan en cuenta criterios cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito. Ello no obsta para que, en el caso de la utilización de dispositivos de seguimiento y localización, se deban ponderar otros criterios. Así, la STS 141/2020, de 13 de mayo, declara la nulidad por falta de motivación y ponderación de los derechos y valores en conflicto, al acordar la medida mediante una denuncia anónima sin corroborar el contenido de esta y requieran la solicitud del Ministerio Fiscal.

La extraordinaria o urgente necesidad habilita la autorización del Ministerio Fiscal para la instalación y utilización de los dispositivos, ampliando la



regulación anterior que solo permitía la colocación, lo que delimita con mayor precisión las actividades que permite llevar a cabo, con posterior ratificación o cese de la medida por parte del juez de garantías y que cuenta como base jurisprudencial, por todas, la STS 475/2018, de 17 de octubre, que no consideró la nulidad de la instalación de un dispositivo GPS, que si bien no contó inicialmente con autorización judicial, esta fue dispensada con posterioridad (v. gr. SSTs 141/2020, de 13 de mayo; 610/2016, de 7 de julio).

Por otro lado, el art. 397 ALECrím regula expresamente varios supuestos en los que se requiere la autorización judicial para su práctica y la posibilidad de autorización de urgencia por el/la Fiscal General del Estado de las medidas en supuestos de delitos relacionados con terrorismo, que completan los establecidos en los artículos precedentes.

En primer lugar, los supuestos de captación y grabación de imágenes desarrolladas en el interior de domicilios o en lugares cerrados destinados a la realización de actos de carácter íntimo, aunque las mismas puedan ser divisadas desde el exterior. Se asimilan a criterios que aparecen claramente delimitados en la STS 329/2016, de 20 de abril, que establece que «la afectación del derecho fundamental a la intimidad, la intromisión en la intimidad domiciliaria puede encerrar similar intensidad cuando se aportan al proceso penal las imágenes grabadas o cuando uno o varios agentes testifican narrando lo que pudieron observar, valiéndose de anteojos, en el comedor del domicilio vigilado y que puede ser aplicado a otros medios invasivos como los drones».

El segundo de los supuestos se remite a la posibilidad de que los dispositivos de localización o de captación de la imagen hayan de ser utilizados de manera simultánea a la grabación de sonido, aunque las imágenes se obtengan en lugares abiertos y públicos, cuyos requisitos de legalidad coinciden con los desarrollados en la STS 569/2020, de 30 de octubre: «en el que a través del



auto que autorizó la resolución se pudo acreditar que no existía otra medida subsidiaria dado que la fuerza actuante había agotado todas las vías de investigación para el conocimiento de la actividad delictiva objeto de la misma, específicamente, dada la mecánica de la comisión del delito a saber, en las instalaciones del hospital en las que no puede realizarse un interrogatorio al uso del personal sanitario, sin alertar, lógicamente al supuesto autor y sin alertar a las personas que acuden al Hospital a recibir tratamiento médico».

El tercero de los supuestos se remite a aquellos casos en los que actuando con la finalidad de localizar a la persona investigada o conocer sus movimientos, el juez de garantías, sin sujeción a los límites que por razón de delito se establecen en el art. 355 ALECRim, podrá autorizar que se recabe de la totalidad de prestadores de servicios que se desarrollan en materia de telecomunicaciones, sociedad de la información o facilitación de comunicaciones, la entrega de toda la información que posean sobre la situación geográfica o punto de terminación de red del origen y destino de las llamadas telefónicas realizadas o recibidas por la persona investigada, es decir, se engloban en este supuesto el seguimiento en línea de un dispositivo basado en la tecnología GPS, o a través de su conexión a antenas, en su caso, mediante los datos que posea la compañía sobre un terminal concreto que aparecen mencionados en el artículo 353.2.b) ALECRim, en los supuestos de intervenciones telefónicas, pero anudados a los requisitos del art. 355, regulando la posibilidad de medidas de preservación de la integridad y autenticidad en los mismos términos que en el art. 358.4 ALECRim con relación a las intervenciones telefónicas.

Se regulan más adecuadamente los requisitos que debe tener la solicitud del Ministerio Fiscal o la adopción de la medida en caso de urgencia, que deberá tener la forma de decreto (art. 398), manteniéndose los plazos de prórroga actuales, que serán de 3 meses ampliables hasta 18 meses y la regulación de los motivos de cese y prórroga (art. 399).



El art. 400 ALECRim adolece de indefinición en cuanto a la forma de incorporar al procedimiento las informaciones obtenidas a partir de una vigilancia sistemática o medios técnicos de seguimiento y quién lleva a cabo la custodia de estas (art. 400.1), ya que se deduce que se les facilitará al Ministerio Fiscal o alguna de las partes una copia debidamente autenticada, sin expresar quién realiza dicha autenticación ni los medios técnicos para que se lleven a cabo los mismos, y se vuelve a regular expresamente la utilización de las informaciones en otro proceso (art. 400.3), donde vuelve a surgir el problema de que no son aplicables los requisitos relativos a disposiciones comunes de los arts. 349 y 350 ALECRim ya que este tipo de medidas de investigación no entran en el ámbito de aplicación del art. 345.1 ALECRim.

Finalmente, se aplican al procedimiento las reglas ya establecidas para otros medios de investigación en los supuestos del cese de la medida o del levantamiento del secreto por remisión a las establecidas en el art. 365 ALECRim respecto a las intervenciones telefónicas (art. 401) y la cancelación de datos que no sean necesarios para el proceso con carácter inmediato (art. 402) o la destrucción de las grabaciones en los mismos términos que en las de otros medios (art. 404).

Mención aparte merece el art. 403 ALECRim en el que se señala que no se podrán utilizar aquellas grabaciones obtenidas por los dispositivos de grabación de imagen por los servicios de vigilancia de instalaciones públicas y privadas cuando su instalación y uso no se encuentren autorizadas por la ley. Entendemos que debe suprimirse dicho precepto, pues como tiene establecido la STS 649/2019, de 20 de diciembre, «el objetivo esencial de la instalación de videocámaras es el de la prevención del delito. Debemos recordar, asimismo, su evidente cobertura legal art. 41 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada; Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y su sometimiento a un cierto control administrativo por parte de la Agencia Española de Protección de datos, cuyo incumplimiento dará lugar a



correcciones administrativas, pero que, como se ha expuesto, no invalida las imágenes que capten a efectos procesales si no invaden derechos fundamentales», y, además, están admitidas por la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, cuyo art. 22 permite que «las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones», y porque, en fin, su valor como medio de prueba se basa en que sean auténticas y no estén manipuladas.

**§ 67.** El **Título IV** del Libro III viene referido a «los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registros informáticos» (arts. 405 a 435).

La regulación del Anteproyecto al respecto engloba un concepto amplio de entrada y registro ya que incluye la entrada y registro en su Capítulo I (arts. 405 a 422), al que se añade en el Capítulo II el registro de libros, papeles, efectos y documentos (arts. 423 a 424), en el Capítulo III el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (arts. 425 a 428), en el Capítulo IV los registros remotos (arts. 429 a 432) y, finalmente, en el Capítulo V las medidas de aseguramiento (arts. 433 a 435).

La exposición de motivos del Anteproyecto señala que la ordenación sistemática de la entrada y registro responde a un esquema similar al de la regulación vigente, con ciertas precisiones en la regulación legal de la entrada en domicilio de la persona jurídica y prestación del consentimiento y, se añade el registro de libros, papeles, efectos y documentos, el régimen de intromisión en ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos y los registros remotos sobre equipos



informáticos y las medidas de aseguramiento de datos o informaciones concretas incluidas en sistemas informáticos de almacenamiento hasta que se obtenga la autorización judicial necesaria para acceder a ellos.

**§ 68.** En el **Capítulo I**, relativo a la entrada y registro, no se produce variación alguna en relación con la proclamación de la inviolabilidad del domicilio (art. 405), la necesidad de autorización judicial (art. 406) y la finalidad de la medida (art. 407), que siguen conforme a los criterios de la actual ley rituaría.

En cuanto a la regulación del concepto de *domicilio*, se define el concepto de domicilio de persona física y de la persona jurídica cuya entrada y registro, requiere autorización judicial (art. 408), refiriéndose a lugar cerrado o morada ocasional o permanente de las personas físicas, siguiendo la jurisprudencia que admite tal carácter.

En este sentido, en lo relativo a la *persona física*, se equipara el concepto de morador con el del titular del domicilio, lo que supone dar entrada a la jurisprudencia actual (STS 968/2010, de 4 de noviembre).

En relación con la *persona jurídica*, el art. 408 ALECrím refleja la jurisprudencia mayoritaria sobre el particular (STC 54/2015 y SSTS 167/2020, de 20 de abril; 540/2017, de 12 de julio; y 290/2018, de 14 de junio).

La regulación de los *títulos habilitantes* para la realización de la entrada y registro se fija en el art. 409 ALECrím con los mismos criterios que la regulación precedente, es decir, el consentimiento, la autorización judicial y la flagrancia delictiva, que son detallados en los siguientes preceptos.

Frente a la regulación actual del consentimiento (art. 551 LECrím) que resulta escasa y no conforme con la interpretación jurisprudencial, el art. 410 ALECrím destaca por incluir una definición del consentimiento que introduce los criterios



jurisprudenciales vigentes en la materia, pero puede dar lugar a zonas de conflicto en la práctica del registro domiciliario en los supuestos de limitación del consentimiento a determinados espacios de la vivienda.

Así, destaca la *forma* de prestar el consentimiento y al hablar del carácter libre y expreso, refleja lo expuesto, entre otras, por las SSTS 440/2018, de 4 de octubre; y 719/2013, de 9 de octubre.

Añade que el consentimiento prestado en los supuestos de entrada de *agente encubierto* autorizado por el juez de garantías se considera válidamente prestado de conformidad con lo establecido en los preceptos que regulan la actuación del agente encubierto; no obstante, debe redactarse de modo más preciso en relación con lo establecido en el art. 505.3 ALECrím.

Se establece la posibilidad de modular el consentimiento, de tal manera que solo afecte a determinados espacios, lo que implica que el resto de los espacios no comprendidos requerirán nueva autorización judicial. Esta modulación puede plantear problemas prácticos en el momento de llevar a cabo la diligencia de entrada y registro, salvo que aparezca claramente definida la relación que permite esa modulación (subarriendo, etc.).

Igualmente, regula de modo concreto la utilización de *medidas de apoyo* en el supuesto de menores o personas con discapacidad. No obstante, la competencia para la investigación de hechos delictivos cometidos por menores infractores corresponde, como sabemos, al Ministerio Fiscal (art. 6 LORPM), pero tiene limitada la posibilidad de practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales que habrá de solicitar al juez de menores que resolverá mediante auto motivado (art. 23.3 LORPM).

Asimismo, regula las consecuencias de la *oposición* manifestada por alguno de los moradores o los supuestos de *conflicto de intereses*.



Finalmente, se consagra de modo expreso la *necesaria asistencia del letrado* para la prestación de consentimiento, como reflejo de la STS 440/2018, de 4 de octubre, que establece que «esté otorgado consciente y libremente, y que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial».

En el caso de que no se otorgue el consentimiento, se regula la autorización judicial (art. 411 ALECrím) que solo se concederá si concurren los requisitos del mencionado precepto, ampliando los motivos previstos en el actual art. 546 LECrím, al añadir la existencia de datos objetivos de la comisión de un hecho delictivo como requisito para su otorgamiento.

Se regula con precisión los elementos que debe contener el auto habilitante (art. 412 ALECrím), conforme a lo establecido por la jurisprudencia (*vid.* STS 798/2017, de 11 de diciembre, sobre indicios necesarios para la autorización; y STS 738/2017, de 16 de diciembre, sobre la validez de las noticias confidenciales, con la obligación de notificación en el momento de su realización).

Se establecen en el art. 413 ALECrím ciertas *especialidades*. La primera para los supuestos de los *agentes encubiertos*, conforme a lo regulado en el art. 504.3 ALECrím respecto a la entrada y registro, pero no se establece nada en la regulación de los arts. 397 y 398 ALECrím sobre el modo de llevarse a cabo en relación con la autorización para la colocación de dichos dispositivos específicos, como sí se cita en el art. 389.2 ALECrím con respecto a los dispositivos de captación de comunicaciones privadas. La segunda, para los supuestos de terrorismo en caso de urgente necesidad, se puede proceder por los agentes a la detención, registro y ocupación de efectos e instrumentos, que coincide con lo establecido en los actuales arts. 384 bis y 553 LECrím, que



autorizan la entrada de la policía para la detención de las presuntas personas responsables.

En el art. 414 ALECrim se regulan los sujetos que deben acudir al registro, con asistencia obligatoria del letrado de la administración de justicia y policía judicial, y potestativa del Ministerio Fiscal, que puede delegar en los agentes de la policía judicial su ejecución y, en caso de necesidad, solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Se fijan las normas de asistencia en caso de práctica de registro fuera de la circunscripción del juez de garantías que lo acuerda y los criterios de asistencia a las mismas de los miembros del Ministerio Fiscal.

Se regulan los *supuestos* que permiten la práctica del registro con la sola citación de la persona investigada o su representante (extraordinaria y urgente necesidad, puesta en peligro del resultado, registro en caso de secreto de las actuaciones), como excepción a la regla general de asistencia letrada en caso de persona detenida, conforme a lo establecido, entre otras, en las SSTs 281/2018, de 13 de junio; 577/2018, de 21 de noviembre; 1050/2013, de 25 de septiembre.

En cuanto al *desarrollo* del registro (art. 415) se sistematizan de un modo conjunto los elementos de tiempo (arts. 550 y 570 LECrim), respeto a la intimidad en su realización (art. 552 LECrim), y se añaden nuevos elementos como la posibilidad de utilizar el mínimo registro necesario para impedir la comisión de un delito o desaparición de efectos o instrumentos y la aplicación supletoria de las normas de recogida del cuerpo de delito.

En este sentido el Anteproyecto (art. 415), a diferencia de lo previsto en el actual art. 570 LECrim, fija un marco horario concreto (desde las 22 hasta las 7 horas) al que considera *registro de noche*, en sintonía con otras regulaciones



del derecho comparado (art. 251.1 CPP italiano), y pone fin así a interpretaciones diversas sobre el horario nocturno.

La flagrancia como elemento que permite la entrada y registro (art. 416) contiene una redacción que la define y anuda a los objetivos de evitar la consumación del delito, proteger a la víctima, detener al sospechoso y asegurar el objeto, instrumentos del delito y fuentes de prueba, pero no se menciona la posibilidad de entrada para la detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas de los arts. 196 y 197 ALECrím, ni se citan los supuestos de los arts. 190 y 192 ALECrím relativos a la detención policial.

Se mantienen en el art. 417 ALECrím las medidas de vigilancia previas a la realización de la entrada y registro del vigente art. 567 LECrím, y se regula la figura de los hallazgos causales con la exigencia de autorización judicial (art. 418 ALECrím).

En lo relativo al acta prevista en el art. 420 ALECrím, se engloba de modo ordenado en un solo precepto, ampliando el contenido del vigente art. 569.1 LECrím que únicamente cita ahora el requisito de la firma de todos los asistentes y sus incidencias. Se añade la posibilidad de documentación mediante sistemas audiovisuales de grabación o fotografías de las diligencias, sin establecer cómo serán incorporadas al procedimiento y los requisitos para garantizar su integridad y autenticidad.

Bajo el epígrafe *lugares sujetos a régimen de autorización especial* (art. 421 ALECrím), frente a la regulación dispersa que establece la actual ley procesal en los arts. 549 (templos) arts. 554.1 a 556 (palacios reales) art. 559 (oficinas consulares) y el art. 561 (buques y aeronaves), se engloban un conjunto de lugares que requieren autorización de determinadas personas para llevar a cabo el registro, y que anteriormente se establecían en el art. 554 LECrím, a los que se añaden la entrada y registro de la sede de los partidos políticos,



sindicatos y medios de comunicación y oficinas o despachos en los que se desarrollen actividades sujetas a secreto profesional.

Se define en el art. 422 ALECrim la realización de la entrada en *lugares cerrados que carecen de la consideración de domicilio*, que requerirá decreto del Ministerio Fiscal y que puede llevarse a cabo por el/la fiscal o la policía judicial con el requisito formal de la autorización fiscal. Se define como lugar cerrado que no requiere la autorización judicial para su entrada, conforme la STS 747/2015, de 19 de noviembre, cuando señala que «no son domicilios legales sometidos a la protección constitucional los bares, los restaurantes, los almacenes y los garajes, siempre y cuando no conste espacialmente algún atisbo de privacidad, con la especial matización y excepción de aquellos casos en los que el garaje forme parte del domicilio como una habitación aneja, supuesto en el que el registro del garaje ha de acomodarse a las exigencias constitucionales del artículo 18.2».

Asimismo, se permite a los agentes de la policía realizar por sí mismos el registro de vehículos (art. 422 ALECrim), pero no es extensivo a otros efectos distintos de los previstos que se encuentren en el mismo. En realidad, el art. 282 LECrim y el art. 11.1 LO 2/1986, de 13 de marzo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, establecen la posibilidad de practicar las diligencias necesarias para recoger todos los instrumentos o pruebas del delito (STC 197/2009, de 28 de septiembre; o STS 747/2015, de 19 de noviembre), por lo que la redacción del precepto distorsiona la actuación policial, al tratarse de una mera intervención que tendrá eficacia probatoria mediante el interrogatorio de partes en el acto del juicio oral. Es por ello, que entendemos que el mencionado precepto debe suprimirse.

Finalmente, se regula la necesidad de autorización judicial para la apertura y registro de cajas fuertes que se encuentren en entidades bancarias o instalaciones que las custodian, cambiando el criterio jurisprudencial



establecido en la STS 155/2012, de 19 de febrero, que señalaba que «la apertura y registro de una caja de seguridad no produce incidencia alguna sobre los derechos fundamentales relativos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, ni a la intimidad que nada tiene que ver con el contenido de una caja de seguridad en un banco por el carácter meramente patrimonial de lo que allí puede encontrarse, no debiendo confundirse el contenido de tales cajas, con la índole exclusivamente personal del derecho a la intimidad», por lo que consideramos que no debe incluirse en el texto articulado.

**§ 69.** El **Capítulo II** del Título IV regula «el registro de libros, papeles, efectos y documentos» (arts. 423 y 424). Lo primero que llama la atención de la nueva regulación es la necesaria autorización judicial para la práctica de esta diligencia, ya se trate del registro de papeles o documentos, como del registro de la correspondencia privada o envíos postales, suprimiendo las excepciones que actualmente se establecen en la ley, lo que supone una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales que pueden verse afectados con la práctica de esta diligencia, viéndose incluso aumentada esa protección cuando se trata de cartas personales, diarios íntimos o papeles o efectos equivalentes, en cuyo caso se refuerza con la inexcusable necesidad de autorización del juez de garantías y con la exigencia de que concurren determinados requisitos.

En la regulación prevista se distinguen el examen de libros, papeles y otros documentos que deben exhibirse en todo caso, y las cartas personales, diarios íntimos o papeles equivalentes que se someten a un régimen más estricto, puesto que requieren autorización judicial y se asimilan a la interceptación de las telecomunicaciones (art. 423 ALECrím), manteniéndose el régimen de registro de libros oficiales (art. 424 ALECrím) que engloba los actuales arts. 573 y 578 LECrím.



La redacción se considera positiva al enlazar los requisitos de la autorización de la entrada y registro para llevar a cabo el examen de libros, papeles y otros documentos, manteniendo el régimen de responsabilidad penal ante la negativa a su exhibición.

En cuanto a los documentos personales, se asimilan al régimen de la interceptación de las telecomunicaciones, tanto en el régimen de delitos respecto de los que se puede adoptar la medida (art. 355 ALECrím), como los principios de excepcionalidad y necesidad.

**§ 70.** El **Capítulo III** versa sobre el «registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información» (arts. 425 a 428), que fue objeto de regulación por vez primera en 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 la que se incluía tanto los ordenadores como los instrumentos de comunicación telefónica o telemática, los dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorio de datos, lo que incluye en su ámbito de aplicación, conforme establece la STS 489/2018, de 23 de octubre, «partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (*smartphone*), se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un derecho del individuo al entorno digital. Sería un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional».

Por ello, sorprende que —como ya manifestamos anteriormente— queden fuera de su ámbito de actuación las disposiciones comunes establecidas en los arts. 345 a 352 ALECrím.



La regulación establece similitudes con la actualmente vigente en el art. 588 *sexies* LECrim, distinguiendo diferentes tipos de registro, entre los que debe destacarse el acceso a sistemas aprehendidos con ocasión de una entrada y registro domiciliario (art. 425.1 ALECRim), el acceso a sistemas aprehendidos fuera de los supuestos de entrada y registro domiciliario (art. 425.2 ALECRim) y el acceso ampliado a otros sistemas informáticos (art. 427 ALECRim).

La primera novedad con relación a la redacción de la ley actual parte de la necesidad de autorización judicial para *acceder* a la información, tanto en relación con la necesidad de justificar las razones que legitiman el mismo, como en los supuestos de la realización de una entrada y registro o en los supuestos de aprehensión de los mismos con independencia de un registro domiciliario, lo que conlleva una regulación más precisa que la actual, ya que lo que protege es el acceso a la información con independencia del lugar donde han sido encontrados los dispositivos. No obstante, debería hacerse una remisión al art. 410 ALECRim para que las normas que se establecen en materia de registro domiciliario sean tenidas como supletorias en la realización de la entrada y registro en el que se incaute un dispositivo de almacenamiento masivo de información, conforme la STS 332/2019, de 27 de junio, que establece el alcance del consentimiento válidamente otorgado con presencia de letrado e informado de sus derechos, que permite la aprehensión de los ordenadores.

La segunda novedad supone *limitar la actuación de los agentes de policía judicial* que dejan de tener la posibilidad de llevar a cabo en caso de urgencia el examen directo del contenido del dispositivo incautado, ya que es el Ministerio Fiscal quien por razones de urgencia puede permitir a los agentes acceder a la información (arts. 425.2 y 427 ALECRim), lo que puede plantear problemas en el desarrollo de la investigación y prevención de delitos, que pudiera derivarse de la premura del plazo de puesta en conocimiento del juez y de la toma de decisiones por parte del fiscal, y que ha sido reconocido entre otras en la STS



133/2016, de 24 de febrero, y en las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, y 115/2013, de 9 de mayo. Es más, en el actual art. 588 *sexies* c) 4 LECrim la policía judicial puede realizar el examen directo de los dispositivos incautados que parece estar excluida en caso de urgencia y existiendo un interés constitucionalmente legítimo y lo hace inoperante en los casos de verdadera urgencia y gravedad.

En tercer lugar, debe modificarse el plazo establecido para los supuestos de urgencia que habilitan la autorización del Ministerio Fiscal para la incautación de los dispositivos (art. 425.2 ALECRim) o para la ampliación del objeto de registro (art. 427.1 ALECRim), que se reduce a 24 horas cuando actualmente el juez de instrucción dispone de un plazo de 72 horas para su autorización [art. 588 *sexies* c) 4 LECrim].

En la regulación de la autorización judicial se considera positivo la justificación de las razones que permiten su concesión ya que se tiene en cuenta que no existe un acceso indiscriminado, sino que la autorización obedece a las mismas razones que se establecen para la solicitud de entrada y registro (art. 411 ALECRim), las observaciones o vigilancias físicas (art. 398 ALECRim) y, en general, cualquier medio de investigación que afecte a los derechos fundamentales. No obstante, deberían reglarse los supuestos en los que la persona investigada aporta voluntariamente las claves de acceso a su dispositivo; situación que ha sido contemplada en la STS 311/2020, de 15 de junio, en la que se dispone que «si el investigado está detenido y ha sido convenientemente informado de sus derechos no precisa asistencia letrada para comunicar voluntariamente a la policía las claves de acceso a los equipos informáticos».

Los supuestos de ampliación del objeto del registro (art. 427 ALECRim) coinciden sustancialmente con lo establecido en el vigente art. 588 *sexies* c) 3



LECrim que reproduce el art. 19.2 del Convenio de Budapest, *sobre Cibercriminalidad*, de 23 de noviembre de 2001.

Finalmente, en cuanto a los deberes de colaboración en el acceso a los datos (art. 428 ALECrím), se mantiene lo establecido en el actual art. 588 *sexies* c) 5 LECrim, con el apercibimiento de delito de desobediencia que ha desaparecido para otros obligados, como se puede ver en el art. 361 ALECrím respecto a empresas de telefonía y telecomunicaciones, el art. 432.1 ALECrím respecto a los registros remotos o el art. 435 ALECrím respecto a medidas de aseguramiento.

**§ 71.** El **Capítulo IV** del Título IV regula los registros remotos sobre equipos informáticos (arts. 429 a 432). La normativa sufre una modificación en la estructura de los actuales arts. 558 *septies* a), b) y c) LECrim, y del mismo modo que en otras medidas antes citadas solamente pueden ser interesados por el Ministerio Fiscal en su función de director de la investigación.

El art. 429 ALECrím establece los *presupuestos* para realizar los registros remotos, incluyendo la duración de la medida en los mismos términos que el art. 588 *septies* c) LECrim. En relación con los delitos que pueden ser objeto de esta diligencia, por un lado, se amplía su ámbito a los delitos de organización criminal, pero se reducen los tipos penales, dejando fuera de su ámbito de aplicación los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y los cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.

El art. 430 ALECrím establece el contenido que debe tener la autorización judicial en la que debe incluirse la duración de la medida y la necesidad de tramitación mediante pieza separada y secreta.



§ 72. El **Capítulo V** establece las «medidas de aseguramiento»: el objeto de la medida (art. 433), la duración de la conservación de los datos (art. 434) y el deber de colaboración (art. 435).

§ 73. Los arts. 436 a 461 regulan «los medios de investigación relativos al cuerpo del delito» dentro del **Título V** del Libro III del Anteproyecto, distinguiendo entre la inspección ocular (Capítulo I), la cadena de custodia (Capítulo II), la destrucción y realización anticipada de efectos (Capítulo III), la autopsia (Capítulo IV), la exhumación de un cadáver (Capítulo V) y la reconstrucción de hechos (Capítulo VI).

§ 74. El Anteproyecto regula en el **Capítulo I** del Título V «la inspección ocular» (arts. 436 a 443).

Comienza el prelegislador indicando que la competencia para practicar la inspección ocular corresponde a la policía judicial, que deberá constituirse en el lugar en el que se pudieran encontrar vestigios o rastros materiales de la comisión del delito para proceder a su examen y recogida (art. 436). Los agentes intervinientes examinarán el lugar de comisión del delito buscando todos los elementos, rastros, vestigios u objetos que puedan ser útiles para el esclarecimiento de los hechos investigados (art. 437) y actuarán bajo la dirección del fiscal (art. 441.2).

El marco legal que dota de justificación a la actividad investigadora de la policía judicial tiene un obvio anclaje constitucional en el art. 126 CE, en su función de averiguación del delito y descubrimiento del delincuente, precepto que fue objeto de desarrollo legal conforme a lo dispuesto en el art. 11.1.g) LO 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, que indica que «corresponde a la policía judicial investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los



informes técnicos y periciales procedentes, de entre los que se encuentra la inspección ocular».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (*vid.* SSTS de 27 de diciembre de 2006; de 3 de diciembre de 2009, entre otras) ha subrayado insistentemente que se trata de tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la policía científica expertos en inspecciones oculares, sin perjuicio de que las conclusiones de las mismas sean sometidas a contradicción.

En el apartado 2 del art. 436 ALECrim delimita las actuaciones que comprende la inspección ocular. En tal sentido se propone la supresión en el apartado a) de la expresión «y la documentación gráfica del mismo» que no incluye el art. 437 ALECrim, y se sugiere añadir en el apartado c) «La búsqueda, recogida y conservación de los vestigios y rastros materiales», proponiendo a continuación la sustitución del término «infracción» por «hecho punible», al resultar el primero confuso.

El prelegislador ha previsto con acierto que, si así resulta necesario, se complete la diligencia con la grabación de imágenes o con la toma de fotografías que sean de utilidad para ilustrar su contenido (art. 438.3). De tal forma que el visionado de la grabación realizada va a facilitar la contradicción necesaria para el acto del juicio oral y permitirá al órgano de enjuiciamiento juzgar de forma casi directa el resultado de la misma, emulando condiciones más ajustadas al principio de inmediación que debe presidir la valoración de los resultados arrojados por los medios probatorios admitidos.

Mayor relevancia adquiere la diligencia del levantamiento de cadáver en los supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad (art. 440). A tal efecto, carece de sentido que esta diligencia sea practicada por una unidad especializada, dirigida por el médico forense e integrada por funcionarios de la



policía judicial, atribuyendo al fiscal la mera condición de asistente. Se entiende que ello desnaturaliza la función del Ministerio Fiscal como director de la investigación.

En tal sentido, se propone la siguiente redacción al art. 440 ALECrím:

*1. De haberse producido una muerte violenta o sospechosa de criminalidad, el levantamiento del cadáver se realizará, bajo la dirección del fiscal, por el médico forense con la intervención de una unidad especializada integrada por funcionarios de la policía judicial. Atendidas las circunstancias concurrentes, el fiscal podrá delegar la dirección de tal diligencia en el médico forense.*

*2. La realización de esta diligencia deberá comunicarse al fiscal que podrá asistir a su realización y solicitar las informaciones y aclaraciones respecto de cualquier circunstancia que pueda resultar de interés para la investigación, dirigiéndola en todo aquello que no sea preciso aplicar conocimientos científicos o técnicos.*

En la misma línea que la prevista para la diligencia de inspección ocular (art. 438.3 ALECrím) y por los motivos expuestos anteriormente, será conveniente completar dicha diligencia con la grabación de imágenes que sean de utilidad para ilustrar su contenido.

Particularmente positivo resulta que la práctica de la diligencia (art. 441 ALECrím) se lleve a cabo por la policía judicial con el auxilio de técnicos especialistas, pudiendo el/la fiscal constituirse en el lugar objeto de inspección a los efectos de dirigir las actuaciones de la policía judicial.

En estas funciones la policía judicial actúa ejerciendo competencias propias bajo la dirección del fiscal pero sin necesidad de su intervención personal. De tal forma que, sin perjuicio de que el/la fiscal pueda personarse en el lugar del delito y realizar alguna de las funciones descritas, la función de recoger los



objetos de cualquier clase relacionados con el delito se atribuye, con carácter general, a la policía.

Se adentra el prelegislador en las concretas atribuciones asignadas al fiscal, quien, con ocasión de la realización de esta diligencia, podrá (art. 441.2 ALECrím):

- a) interrogar a la persona investigada sobre el lugar o los vestigios encontrados;
- b) convocar a terceros que tengan conocimiento de los hechos delictivos para una más completa recogida de los vestigios;
- c) solicitar la presencia de especialistas y peritos.

Resultaría conveniente especificar que esta toma de declaración se realice previa lectura de los derechos de la persona investigada para su eventual introducción en el acto del juicio oral. Asimismo, sería útil que se hiciese constar que el interrogatorio se incluya en el acta de la inspección ocular o en un documento aparte unido al acta. Por todo ello, se propone la siguiente adición a la letra a) del apartado 2 del art. 441:

*a) Interrogar a la persona investigada sobre el lugar o los vestigios encontrados, lo que se hará con las garantías que corresponden a la declaración del investigado, constando su resultado en el acta de inspección ocular.*

Merece un juicio de valoración positivo la presencia de la persona investigada (art. 442 ALECrím) si fuera conocida al tiempo de practicarse la diligencia, que podrá participar asistida de letrado y, si se encontrase privada de libertad, será conducida al lugar en el que haya de realizarse la inspección a fin de garantizar la contradicción y el ejercicio del derecho de defensa.



A estos efectos será citada con la antelación necesaria. No obstante, la diligencia se llevará a cabo aun cuando la persona investigada o su abogado, citados en debida forma, no concurran a su práctica (art. 442.2). Únicamente se echa en falta una mayor concreción acerca de quién deberá citar al investigado, tampoco prevé un plazo fijo, ni regula la antelación mínima con la que ésta debe ser notificada, aspectos que se sugiere deben ser concretados.

Resulta acertado que la decisión de no acudir a la práctica de la diligencia por parte del investigado no interfiera en el desarrollo de la diligencia. Por el contrario, se entiende que no debe adoptarse idéntica solución si el letrado anunció debidamente, en tiempo y forma, la decisión de presenciar e intervenir en la inspección ocular y, sin embargo, concurre una circunstancia debidamente justificada que impida su asistencia.

Ninguna referencia se hace en el precepto a la posibilidad de que la persona investigada o su letrado puedan realizar apreciaciones y formular alegaciones sobre la práctica de la diligencia que deben quedar recogidas en el acta que la documente. Aunque únicamente el art. 201.1.e) ALECrím prevea de modo expreso la intervención de abogado de la persona detenida en la diligencia de inspección ocular «haciendo las observaciones que considere pertinentes, de las que se dejará constancia en el acta», debe recordarse que el ejercicio de defensa es dual en cuanto ejercitable por el sometido al proceso y su letrado asistente y que, en especial, el art. 16 ALECrím garantiza el derecho de participación activa que faculta a la persona encausada, privada o no de libertad, a «formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico», esto es, no solo a «intervenir en la práctica» de las diligencias de investigación de modo pasivo. Por consiguiente, sería deseable que el art. 442 ALECrím recogiese y concretase expresamente en la diligencia de inspección ocular el derecho del encausado a la participación «activa» y de quien le preste asistencia letrada, se encuentre o no aquel en situación de detención o prisión.



Tampoco ha previsto el prelegislador que el letrado pueda acudir a la ejecución de la diligencia sin la presencia de la persona investigada, máxime teniendo en cuenta que la inspección ocular puede ser complementada con el interrogatorio de testigos que presenciaron los hechos o de los expertos que participan en la inspección, de tal forma que el letrado, en aras del mejor ejercicio del derecho de defensa, tendrá derecho a interrogar a estas personas, quedando constancia de tales apreciaciones en el acta.

Se sugiere que se contemple la salvedad de que, si por motivos de urgencia no resultara posible demorar la diligencia de tal forma que esta perdiera su sentido o su eficacia, podrá prescindirse de la participación de la persona investigada o de su letrado.

El art. 443 ALECrím regula la puesta a disposición del Ministerio Fiscal de los efectos del delito. Se considera procedente al respecto que se garantice que los objetos sean custodiados por el órgano que haya realizado la inspección, ocular conforme a las normas relativas a la cadena de custodia, que estén siempre a disposición del Ministerio Fiscal.

Asimismo, la práctica demuestra que los efectos del delito no siempre se colocan en la sala de vistas. Parece más lógico que solo se haga si las partes lo interesan, más aún cuando se trata de la práctica de una prueba que habrá de ser pedida precisamente por alguna de las partes.

En consecuencia, se propone la modificación de los apartados 1 y 2 del art. 443.1 ALECrím en el siguiente sentido:

*1. Recogidos los efectos del delito, estarán en todo momento a disposición del fiscal, y serán custodiados por el órgano que haya realizado la inspección ocular conforme a las normas que regulan la cadena de custodia.*



*2. El día en que hayan de iniciarse las sesiones del juicio oral los efectos serán colocados en la sala de audiencias, a fin de que puedan ser reconocidos por los testigos y examinados, en su caso, por los peritos y por el propio tribunal, siempre que ello sea instado expresamente por alguna de las partes del proceso.*

**§ 75.** El **Capítulo II** del Título V regula «la cadena de custodia» que comprende los arts. 444 a 447. Con la regulación del Anteproyecto se da respuesta a la imperiosa necesidad de abordar la regulación de la cadena de custodia con el fin de garantizar que el efecto que se ocupó es el mismo que se analiza o expone y que no se han producido alteraciones, manipulaciones o sustituciones, intencionadas o descuidadas (SSTS 581/2017, de 19 de julio; y 491/2016, de 8 de junio).

Comienza el prelegislador indicando en el art. 444 que «todas las actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba deberán practicarse en la forma prevista en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables». De tal forma que, «todas las fuentes de prueba obtenidas durante la investigación de los hechos delictivos serán debidamente custodiadas, a fin de asegurar su disponibilidad en el acto del juicio oral con los efectos que esta ley establece».

Abundante jurisprudencia (*vid.* SSTS de 10 de marzo de 2011; de 27 de enero de 2010; de 3 de diciembre de 2009) viene a determinar que «el objetivo de la cadena de custodia es que el objeto sobre el que se practicó la pericia o que se exhibe en dicho acto es el mismo que el que se recogió como vestigio durante la investigación, resulta necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye».

Nos encontramos ante un procedimiento oportunamente documentado que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o



indicios delictivos desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas.

Ha obviado el prelegislador en este capítulo toda referencia normativa a la autoridad responsable de la cadena de custodia, si bien regula el Anteproyecto en el Capítulo I en relación a la inspección ocular que «la Policía Judicial adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que no resulte alterada la integridad y naturaleza de estos materiales con motivo de su recogida, traslado, custodia y depósito» (art. 439.2 ALECrím) y que para ello se constituirá en el lugar en el que se encuentren los vestigios o rastros materiales de la perpetración del delito para proceder a su examen y recogida (art. 436.1 ALECrím). Los efectos del delito estarán en todo momento a disposición del fiscal y concluida la investigación se remitirán al órgano de enjuiciamiento (art. 443.1 ALECrím).

Sin embargo, lo determinante en la cadena de custodia pasa por la diligencia profesional de cada uno de sus intervinientes y su fiabilidad depende, en buena medida, de la honestidad del testimonio de los participantes en la misma. De tal forma que todos cuantos tengan relación con la fuente de prueba, sean funcionarios públicos o particulares, tendrán la obligación de constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia, garantizando la inalterabilidad de la fuente de prueba (art. 445 ALECrím) y documentarán su intervención en la cadena de custodia.

Ante la alegación de la ruptura de custodia el TS destaca (*vid.* STS 332/2019, de 27 de junio) que es esencial que los sujetos y personas responsables de las funciones de identificar, almacenar, embalar y transportar los restos y vestigios hasta analizarlos en el laboratorio y ponerlos a disposición judicial, declaren en el plenario, si así lo solicitan las partes, sobre el cómo, cuándo, dónde y por quiénes se han realizado dichas operaciones, así como los procedimientos



seguidos para poder cotejarlos con la normativa que los regula a fin de deducir la normalidad de la custodia.

Distingue el texto del articulado entre los procedimientos de gestión de muestras que, por su carácter técnico, deben ser objeto del correspondiente desarrollo reglamentario, de los datos que, necesariamente, han de quedar expresamente registrados para asegurar la integridad de la muestra a lo largo del procedimiento.

En todo caso, se dejará constancia de los siguientes particulares (art. 446.2 ALECrím): «1. La persona y el lugar en el que se localizó la muestra y la documentación del hallazgo. 2. Todas las personas que la hayan tenido a su cargo y los lugares en los que haya estado guardada, depositada o almacenada. 3. El tiempo que haya estado en poder de cada persona o depositada en un determinado lugar. 4. El motivo por el que la fuente de prueba ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas. 5. Las personas que hayan accedido a las fuentes de prueba, detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras».

Por lo que se refiere a los efectos de la cadena de custodia, dispone el art. 447 ALECrím que «[e]l cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral y, en su caso, justificará sus alteraciones o modificaciones. El quebrantamiento será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba». Por tanto, es el tribunal quien a la vista del grado e intensidad de la infracción de la cadena de custodia determinará el valor que debe darse a la prueba, si se trata de una infracción de tal entidad que la invalida o, por el contrario, se trata de una mera irregularidad que no afecta al valor probatorio del elemento de que se trate. En cualquier caso, será en el trámite de admisión de la prueba cuando podrá ser impugnada, alegando el incumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia de las muestras.



A fin de evitar las habituales impugnaciones genéricas de la cadena de custodia deberá señalarse expresamente que, la impugnación debe concretar qué infracción se ha cometido o en qué momento se ha producido la misma. Dicho régimen de impugnación debe complementarse con la forma en que la cadena de custodia debe acreditarse en juicio oral.

La afectación que sufra la cadena de custodia tiene que ser real y efectiva. No es suficiente con que se susciten dudas, insinuaciones, especulaciones o alegaciones genéricas sobre la ruptura de la cadena de custodia. Es preciso que la parte que la cuestione precise «en qué momentos, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido la interrupción» (SSTS 332/2019, de 27 de junio; y 541/2018, de 8 de noviembre).

Ocurre, como recuerda el TS, que no existe una suerte de presunción de ilegalidad en la actuación de cuerpos policiales y tribunales de justicia que obligue a presumir una actuación irregular. Al contrario, no hay que presumir que las actuaciones policiales y judiciales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. La presunción de inocencia que asiste a toda persona acusada hasta que no se pruebe su culpabilidad no implica que a jueces y tribunales haya de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las leyes, en tanto no se pruebe que han actuado conforme a derecho. La prueba debe ser en el sentido contrario, tendente a demostrar que han actuado de forma ilegal sin que ello suponga una suerte quiebra en la carga de la prueba que incumbe a las partes acusadoras.

En cualquier caso, reiterada jurisprudencia (*vid.* STS de 29 de diciembre de 2009), dispone que «la irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que, en todo caso, vendrá dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se haya producido



sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa».

En el mismo sentido prevé el Tribunal Supremo que «disfunciones de tipo más bien burocrático que, en principio, salvo que vayan acompañadas de otra serie o conjunto de irregularidades que hagan peligrar la seguridad de la cadena de custodia, no tienen por qué cuestionar la autenticidad y mismidad de los vestigios y pruebas (...) Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad» (SSTS 332/2019, de 27 de junio; 148/2017, de 22 de febrero; 339/2013, de 20 de marzo, entre otras).

**§ 76.** El **Capítulo III** del Título V regula de forma detallada «la destrucción y realización anticipada de efectos», que comprende los arts. 448 a 454 ALECrim.

Antes de proceder al análisis del texto del articulado hemos de subrayar la conveniencia de regular en el mismo capítulo todas las medidas destinadas a garantizar la administración adecuada de los bienes embargados preventivamente con miras a su posible decomiso consistentes en la realización de efectos judiciales, la destrucción, la utilización provisional de los mismos, así como la localización, conservación y la administración de los efectos bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal.

Este fue el criterio seguido tras la modificación introducida en la ley rituaría por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que reguló en el mismo Capítulo II *bis* todas estas medidas bajo la rúbrica «de la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales».



Entrando en el detalle, regula el art. 448 ALECrím que «[e]l fiscal podrá solicitar al juez de garantías que autorice la destrucción de los efectos intervenidos, dejando muestras suficientes, cuando resulte necesario o conveniente por su propia naturaleza o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia».

Añade el apartado 2 del art. 452 ALECrím que «[n]o obstante, el juez podrá encomendar la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, en los términos establecidos en la presente ley».

Como ya se ha explicitado a lo largo del informe, se diseña un modelo de juez de garantías al que se le atribuyen funciones que exceden notablemente de las consabidas fórmulas de tercero imparcial en su función de garantía de derechos, que son las que realmente se corresponden con el modelo de atribución de la dirección de la etapa de investigación al Ministerio Fiscal.

Es por lo que se sugiere que corresponda al Ministerio Público la decisión y autorización de la destrucción o realización de efectos, como protagonista de la investigación, por iniciativa propia o a solicitud del director de Oficina de Recuperación y Gestión, y con comunicación al juez de garantías, el cual pueda denegar dicha destrucción o realización.

En coherencia, se propone que sea el Ministerio Fiscal quien deje constancia de los efectos destruidos y los procedimientos utilizados, motivo por el que se considera oportuno que en el apartado 5 del art. 448 ALECrím se sustituya la expresión «el letrado de la Administración de Justicia» por la de «el fiscal».

Se estima procedente introducir en el texto del articulado qué es lo que se entiende por efectos intervenidos. A tal efecto, se sugiere introducir el siguiente apartado: «Tendrán la consideración de efectos intervenidos, en el orden penal,



todos aquellos bienes puestos a disposición del fiscal, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal».

Merece una valoración negativa que el prelegislador haya omitido toda referencia a la posible destrucción anticipada de los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente de manera similar a la actual previsión contenida en el actual art. 367 *ter* 3 LECrim.

El Anteproyecto prevé que puedan realizarse los efectos de lícito comercio (art. 449) sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento.

Expresamente, el art. 450 ALECrím se refiere a los bienes que se hallen en alguna de las siguientes situaciones: que sean perecederos; que su propietario haga abandono de ellos o, debidamente requerido sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna; que los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí; que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales; que sin sufrir deterioro material, se deprecien por el transcurso del tiempo.

Por los motivos expuestos anteriormente se sugiere la modificación del art. 451 ALECrím en el sentido de que debe corresponder al fiscal, como protagonista de la investigación, la función de realización de los efectos intervenidos sin necesidad de recabar la autorización del juez de garantías, previa audiencia del poseedor o propietario, si fuera conocido, y que podrá consistir en: la entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las administraciones públicas; la enajenación



por medio de persona o entidad especializada; la subasta pública y la enajenación directa.

Particularmente positivo resulta que el prelegislador haya introducido (art. 452 ALECrim), la *enajenación directa* como una de las formas de realización de los efectos, pudiendo recurrirse a ella (art. 454.1 ALECrim) «cuando la subasta quede desierta o se presuma motivadamente que quedará desierta, así como cuando se trae de productos perecederos o existan otras razones de urgencia», debiendo recabar previamente al acordarla el informe del Ministerio Fiscal y de los interesados.

Añade el art. 454.2 ALECrim que «[e]l producto de la venta, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido, quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles y las costas que puedan declararse en el procedimiento». A ello se sugiere añadir la expresión «salvo lo dispuesto para los delitos de tráfico de drogas y blanqueo asociado a aquél», dado el diferente régimen jurídico establecido en el Código Penal.

Se propone incluir en el art. 442 ALECrim que el juez pueda encomendar la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, en los términos establecidos en la presente ley y «a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales».

**§ 77.** El **Capítulo IV**, integrado por los arts. 455 a 458, regula «la autopsia» de forma detallada y completa, por lo que merece un juicio netamente positivo.

En todos los supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se practicará la autopsia del cadáver antes de su enterramiento o incineración (art. 455 ALECrim). En este sentido, resulta necesario que se establezcan cautelas



frente a posibles incineraciones precipitadas que impidan que en el futuro se realicen nuevas pruebas, toda vez que la ausencia de limitación respecto de la incineración durante la fase de investigación pueda frustrar esas periciales que el art. 459 permite en caso de exhumación.

Durante la autopsia o con carácter previo a la misma, si fuese necesario para la debida identificación del cadáver, se tomarán sus huellas dactilares así como las muestras biológicas que sean precisas, pudiendo el médico forense en estos casos requerir la presencia de especialista, facultativo o profesional (art. 455.2 ALECrIm).

Sin perjuicio de que sea la policía científica la encargada de la toma de muestras, debería añadirse la posibilidad de que el médico forense pueda solicitar con la autorización del Ministerio Fiscal la colaboración de especialistas, facultativos o profesionales. En consecuencia, se propone la inclusión de un inciso final en el apartado 2 del art. 455 con el siguiente tenor: «Podrá el médico forense recabar, con la autorización del fiscal, la intervención o colaboración de otros especialistas, facultativos o profesionales».

Carece de todo sentido y justificación que el/la fiscal pueda designar a los facultativos que han de realizar la autopsia, con exclusión de los médicos forenses. Por ello, se sugiere una nueva redacción del art. 456.2 ALECrIm: «La autopsia la realizarán los médicos forenses, sin perjuicio de que la lleven a cabo o intervengan en la misma los facultativos que, en su caso, indique el fiscal». Añade el art. 456.3 ALECrIm que se realizará en los institutos de medicina legal o institutos anatómico-forenses, salvo que el fiscal determine que se realice en lugar diferente, siempre que no perjudique al éxito de la investigación.



Respecto al informe de autopsia emitido en la fase de investigación, tendrá carácter pericial y deberá ser objeto de contradicción en el acto del juicio oral cuando el fiscal o alguna de las partes así lo soliciten. En tal caso, comparecerán en el mismo los facultativos que lo llevaron a cabo (art. 457 ALECrim).

Si en el momento de realizar la autopsia se hubiese dirigido el procedimiento contra una persona determinada, se le dará la oportunidad de designar un médico que concurra a la realización de esta diligencia (art. 458 ALECrim).

**§ 78.** También resulta merecedora de una valoración positiva la regulación de «la exhumación» contenida en el art. 459 ALECrim, único precepto que integra el **Capítulo V** del este Título V, que determina que cuando las exigencias de la investigación así lo exijan: i) el/la fiscal podrá ordenar la exhumación de un cadáver, a efectos de realizar los reconocimientos periciales necesarios; ii) será aplicable a la exhumación lo dispuesto para la autopsia en la sección precedente; iii) serán citados los parientes más cercanos del difunto, por si quisieran asistir; y iv) en todo caso, practicado el examen o la autopsia correspondientes, se procederá a la inmediata sepultura del cadáver en el lugar y condiciones en que se encontraba, salvo que la familia solicite su incineración o traslado y proceda acordarla.

**§ 79.** El **Capítulo VI** del mismo Título regula «la reconstrucción de hechos», que comprende los arts. 460 y 461 de la nueva regulación.

Siguiendo la línea del anteproyecto de 2011, el prelegislador ha dado respuesta a la imperiosa necesidad de abordar la regulación de la reconstrucción de los hechos que actualmente se rige por criterios jurisprudenciales.



Comienza el texto del articulado indicando que «el fiscal podrá acordar la reconstrucción de los hechos, según el contenido de las diligencias practicadas hasta el momento, cuando resulte necesario para el esclarecimiento del delito» (art. 460.1 ALECrím). Se trata de una diligencia complementaria; por tanto, su finalidad no es aportar elementos o fuentes de prueba al proceso sino esclarecer las contradicciones que resulten de la investigación realizada o de los hechos que hayan sido efectivamente probados.

Añade el apartado 2 del precepto que «[c]orresponde al fiscal dirigir la diligencia de reconstrucción de hechos y, cuando exista causa que lo justifique, podrá autorizar a la Policía Judicial para que la practique».

Por tanto, quedará a la discreción del fiscal acordar o denegar la práctica de la misma ya que no es una actividad necesaria, sino que depende de las especiales características del hecho que se trata de reproducir (*vid.* STS 1455/2004, de 13 de diciembre).

Mediante esta diligencia se intentará reproducir, dentro de lo posible, las circunstancias y características del hecho, y para ello el/la fiscal podrá citar a los testigos que hubieran presenciado los hechos y a todas las personas que hubieran intervenido en ellos, y también podrá reclamar la presencia de especialistas y peritos que tengan conocimientos científicos y técnicos útiles para la reconstrucción de los hechos delictivos (art. 460.3 ALECrím).

Esta diligencia se extenderá en un acta que será firmada por todos los presentes, y será grabada y registrada en un soporte apto para la reproducción del sonido y la imagen (art. 460.5 ALECrím). No indica el texto del articulado a quién se atribuye dicha función que en la actualidad resulta competencia del letrado de la administración de justicia, pero cabe sobreentender que la documentación de la diligencia corresponderá a quien la dirija y/o practique



conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 460 ALECrím: el/la fiscal o, en su caso, la policía judicial de resultar autorizada para ello.

Por demás, merece una valoración muy positiva que, además de extenderse acta, que será firmada por todos los presentes, la diligencia sea grabada y registrada en un soporte apto para la reproducción del sonido y la imagen, lo que no hace sino seguir la jurisprudencia que constata la utilidad del empleo de estos medios para favorecer una mejor apreciación de sus resultados (por todas, STS de 5 de mayo de 2010, en la que se subraya que «se trata de una diligencia que se puede beneficiar de los modernos instrumentos de reproducción audiovisual, por lo que nos pueden dar una realidad virtual del escenario del crimen toda vez que con las modernas tecnologías es posible reconstruir el lugar en el momento del juicio oral»).

Ha previsto el prelegislador la presencia e intervención de la persona investigada en la práctica de la diligencia, si fuera conocida al tiempo de practicarse la diligencia, pudiendo participar asistida de letrado, para lo que será citada con la antelación necesaria; y si se encontrase privada de libertad será conducida al lugar en el que la inspección haya de realizarse (art. 461.1 *in fine* ALECrím). No obstante, al igual que la inspección ocular, la reconstrucción se llevará a cabo aun cuando la persona investigada o su abogado, citados en debida forma, no concurran a su práctica (art. 461.2 ALECrím).

No ha concretado el Anteproyecto un plazo fijo para la citación ni prevé la antelación mínima con la que esta debe ser notificada. El prelegislador se ha limitado a señalar que «será citada con la antelación necesaria».

Lo que sí se desprende del tenor del precepto es que dichas tareas quedarán a cargo del fiscal puesto que al mismo le corresponde no solo acordar y dirigir la misma, sino también citar a los testigos y todos los intervinientes en los hechos a reconstruir (art. 460.3), entre los que lógicamente en la mayoría de los casos



se encontrará la persona investigada, amén de que ello es lo procedente conforme al nuevo modelo de investigación implantado.

En balance negativo, es de resaltar que, si bien conforme al art. 461.2 ALECrím pareciera que tanto el investigado como el abogado pueden o no acudir a la práctica con tal de que sean citados, lo cierto es que ello no debiera estar exento de significativas matizaciones. De hecho, la comparecencia a la reconstrucción no debiera ser en todo caso facultativa ni de uno ni de otro.

La regla ha de ser la comparecencia preceptiva. La regulación no parece tener en cuenta que la presencia del sometido al proceso para la reconstrucción de los hechos puede resultar esencial en los casos en que haya sido actor y agente directo en los mismos. En la mayoría de las veces cabe aventurar que lo será, y habrá de contrastarse su versión, de existir y haber querido declarar no acogiéndose a su derecho a no declarar ni incriminarse. El art. 53.1 ALECrím establece como obligación de las personas encausadas la de «comparecer cuantas veces sea llamada» y el art. 53.2 ALECrím la de someterse a «los actos de investigación que sean necesarios para determinar el hecho punible y su participación en el mismo, siempre que se lleven a cabo en la forma y con las garantías establecidas en esta ley», de modo que no toda diligencia podrá ser eludida amparándose en el derecho a la no incriminación propia. En definitiva, no debiera articularse una excepción absoluta en el art. 461 ALECrím.

Además, pudiera parecer que en el texto del Anteproyecto la intervención del letrado es siempre facultativa, pero no lo será en caso de que se encuentre detenido el sometido al proceso penal, situación para la que la asistencia letrada ex art. 209.1.e) ALECrím consistirá (no dice *podrá consistir*) precisamente en «intervenir», pudiendo hacer «las observaciones que considere pertinentes, de las que se dejará constancia en acta». Y, pese al



silencio del texto, lo mismo habría de entenderse para el preso preventivo participante.

Tampoco debiera serlo si en la reconstrucción se pretenden afirmaciones fácticas por parte de la persona investigada sobre su actuación puesto que su régimen ha de ostentar el estatuto de tutela propio de las declaraciones de encausados. Y así deberá propenderlo y asegurarlo el fiscal director de la diligencia porque está en juego el derecho de defensa aunque el investigado no se quiera acoger a su derecho a no declarar o inculparse, y ello, primero, ex art. 124 CE, y después, específicamente, porque ex art. 50.2 ALECrím «todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal, y singularmente el Ministerio Fiscal en la fase de investigación, velarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, por la efectividad del derecho de defensa», y ello incluye asegurar la asistencia letrada en toda diligencia que pueda perjudicarlo.

Resulta especialmente criticable que el actual inciso final del art. 461 ALECrím tampoco sea claro en determinar la presencia obligatoria de las personas detenidas o privadas de libertad porque la referencia en su encabezamiento («A estos efectos») puede ser interpretada entendiéndose que la locución «será conducida al lugar en el que la inspección (es un error porque se trata de una *reconstrucción*) haya de realizarse» implica que la conducción haya de realizarse solo y exclusivamente si desea participar y no en todo caso.

**§ 80.** El **Título VI** del Libro III del Anteproyecto lleva por rúbrica «los medios de investigación relativos al examen de testigos y peritos», y comprende los arts. 462 a 493, estructurados en un Capítulo I dedicado a la declaración testifical; un Capítulo II relativo al examen pericial, dividido a su vez en una Sección 1ª (de la prueba pericial), una Sección 2ª (de la prueba científica) y una Sección 3ª (de las reglas especiales sobre prueba pericial); y, finalmente, un Capítulo III sobre los médicos forenses.



Como pone de manifiesto la exposición de motivos, las declaraciones testificales en la fase de investigación se caracterizan por su flexibilidad, que «se manifiesta en el propio formato del interrogatorio, que constituye simplemente una toma de declaración por parte del Ministerio Fiscal de la que se levanta la correspondiente acta. La causa principal de esta informalidad estriba en la voluntad legislativa de privar a estos actos investigadores de carácter personal de cualquier valor probatorio, evitando que se conviertan en una especie de anticipo de los interrogatorios contradictorios que habrán de practicarse en el juicio oral ante la autoridad judicial. De ahí que las declaraciones testificales tomadas por el Ministerio Fiscal agoten su eficacia en el juicio de acusación, sin posibilidad de acceder al juicio oral».

**§ 81.** El **Capítulo I** se inicia con el art. 462 ALECrím que establece, en términos similares a los establecidos en el vigente art. 410 LECrím, la obligación de toda persona a atender el llamamiento del fiscal para comparecer y declarar como testigo sobre «hechos o circunstancias relevantes para la averiguación del delito y del responsable o puedan aportar datos útiles para tal fin», con la salvedad de aquellas personas que estén exentas del deber de comparecer y declarar ante el tribunal en el acto del juicio oral.

Se propone como redacción alternativa del apartado 2, para evitar redundancias y por resultar evidente a la vista del apartado 1, la eliminación de la expresión «cuanto sepa sobre lo que le sea preguntado». Se sugiere asimismo añadir la posibilidad de que los testigos previstos en el apartado 3 del art. 462 ALECrím puedan comparecer voluntariamente.

Resulta llamativo que frente a la regulación pormenorizada que se realiza de determinadas cuestiones en el Anteproyecto (práctica de la rueda de reconocimiento, prueba de alcoholemia, etc.) no se haga mención alguna a la materialización práctica, al cómo se van a practicar las citaciones y comparencias de los testigos.



En cuanto a la citación y comparecencia del testigo, el art. 463 ALECrím prevé la citación del testigo allí donde se encuentre, admitiéndose la citación verbal en casos de urgencia a través de los agentes de la policía, y la constitución del fiscal en el domicilio del testigo o en el lugar en el que se encuentre para tomarle declaración. Se propone que el/la fiscal pueda igualmente realizar la citación de forma verbal.

En los supuestos en los que el testigo no tuviera domicilio conocido o se ignorase su paradero, el/la fiscal ordenará a la policía que lo averigüen y le informe del resultado en el plazo que se hubiera fijado.

Se valora positivamente la mención expresa del apartado 3 en el sentido de configurar la comparecencia del testigo, a los efectos del ordenamiento laboral y funcional, como un deber inexcusable de carácter público y personal y, consecuentemente, la obligación del superior jerárquico o del empleador de facilitar la comparecencia del testigo en el día y hora en el que haya sido citado.

Especial mención merece el apartado 4 del art. 463 ALECrím que dispone que «salvo en los supuestos expresamente exceptuados de la obligación de comparecer, si el testigo no se presenta a la primera citación ni alega justa causa, el fiscal le impondrá una multa de hasta el triple del salario mínimo interprofesional mensual, sin perjuicio de oírle con posterioridad y dejar la multa sin efecto a la vista de lo que alegue. Si el testigo persiste en su negativa, podrá ordenarse su detención conforme a lo dispuesto en el artículo 196 de esta ley». Se propone incluir asimismo razones de fuerza mayor como causa de la incomparecencia

Debe resaltarse que la regulación proyectada restringe el ámbito de su aplicación respecto de lo establecido en el vigente art. 420 LECrím que posibilita la imposición de una multa al testigo que sin alegar justa causa dejara



de comparecer al primer llamamiento judicial o «se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre los que fuere preguntado», sin que se conozcan las razones para tal restricción. Debiera hacerse mención a la capacidad económica del testigo en orden a concretar la cuantía de multa impuesta o la fijación expresa de una cantidad mínima de multa.

Asimismo, establecer junto con la posible imposición de la multa por incomparecencia sin justa causa la posibilidad de dejarla sin efecto, puede restar fuerza a la facultad disuasoria de la multa establecida; sin perjuicio de que, evidentemente, atendiendo a las posibles alegaciones posteriores del testigo la misma pudiera dejarse sin efecto, como sucede en la actualidad. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, se debería regular un procedimiento específico para la imposición de tales sanciones.

Se advierte un error en la redacción del apartado 5 al remitirse a lo dispuesto en el art. 142 ALECrím respecto de la impugnación del decreto del fiscal imponiendo una sanción al testigo, puesto que la norma que regula la impugnación de las sanciones establecidas por el Ministerio Fiscal se encuentra en el art. 143 ALECrím.

Aparece regulado en el art. 464 ALECrím el modo de proceder en los supuestos en los que el testigo resida fuera de la circunscripción del fiscal y no pudiera desplazarse a prestar declaración. En tales casos, atendiendo a la gravedad de los hechos investigados y a la relevancia del testimonio, se podrá acordar que la declaración se preste ante el fiscal del lugar en el que se encuentre, por videoconferencia o que el fiscal se desplace al lugar en el que se halle el testigo; cuando el testigo resida fuera del territorio nacional se procederá conforme a los tratados y convenios suscritos por España sobre cooperación jurídica internacional o, en su caso, conforme a la Orden Europea de Investigación. Se admite (apartado 5), cuando resulte conveniente para el



esclarecimiento de los hechos, que el testigo preste declaración en el lugar en que hubieren ocurrido los hechos o al que se refiere su declaración.

El apartado 2 del art. 464 ALECrim regula la manera en la que el fiscal encargado de la investigación se comunicará con el/la fiscal que deba practicar la declaración testifical en el lugar en el que se encuentre el testigo [art. 464.1.a) ALECrim], indicando que «se comunicará al fiscal que haya de realizar la diligencia aquellos extremos sobre los que haya de recaer el interrogatorio, sin perjuicio de que pueda extenderse a otros que se estimen convenientes para el mejor esclarecimiento de los hechos». Esta regulación resulta similar a la recogida en el vigente art. 427 LECrim.

El abogado de la defensa podrá asistir a la declaración testifical y tendrá la oportunidad de solicitar que se requiera al testigo para que realice las aclaraciones que considere necesarias sobre algún punto concreto (art. 465). Esto es, podrá asistir a la declaración, pero no formular directamente preguntas al testigo, en consonancia con lo manifestado en la exposición de motivos sobre la voluntad de evitar convertir estas declaraciones en un anticipo de lo que será el juicio oral. No obstante, el Consejo Fiscal propone que el art. 465 ALECrim permita al abogado designado para la defensa dirigir preguntas al testigo.

En aquellos supuestos en los que exista una acusación particular o popular personada se debe acudir a lo dispuesto en el art. 573 ALECrim, según el cual «las acusaciones particulares o populares solo podrán intervenir en la realización de los actos de investigación que se practiquen a su instancia o se ejecuten para el aseguramiento de una fuente de prueba».

La flexibilidad es la característica que preside la declaración testifical en los términos de la propia exposición de motivos. El art. 466 ALECrim regula la práctica del interrogatorio a testigos. Así, se establece que el testigo estará



obligado a identificarse con su nombre y apellidos, edad, domicilio y actividad profesional, a lo que habría que añadir el DNI y un número de teléfono de contacto. Al respecto, cabe señalar que la referencia a la *actividad profesional* debe entenderse como una información «imprescindible para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de las manifestaciones de la persona que declara» (apartado 5), puesto que puede considerarse como una información relativa a su vida privada y ajena al hecho investigado.

De forma similar al vigente art. 436 LECrim, el testigo será preguntado por su relación con los hechos investigados, con las personas relacionadas con el delito y si ha sido condenado anteriormente por un delito contra la administración de justicia.

Se valora favorablemente la previsión del apartado 2 del art. 466 ALECRim relativa a los supuestos en los que durante la declaración del testigo se pusieran de manifiesto hechos de los que pudiera derivarse su propia responsabilidad penal, debiendo suspenderse inmediatamente la diligencia y procediéndose conforme a la declaración de la persona investigada.

Corresponde al fiscal informar al testigo de las exenciones a la obligación de declarar por razón del parentesco del art. 660 ALECRim.

En el primer párrafo el apartado 4 del art. 466 ALECRim se establece que «el fiscal, antes de recibirle declaración, hará saber al testigo su obligación de declarar y de no faltar a la verdad en su testimonio, tras lo cual le instará a que relate todo lo que sepa sobre los hechos investigados y las personas que en ellos hayan intervenido». En el párrafo transcrito se observa cómo el/la fiscal simplemente deberá hacer saber al testigo la obligación de declarar y de no faltar a la verdad, sin mención alguna al recibimiento de juramento o promesa de decir verdad, lo que resulta contradictorio con lo dispuesto en el art. 469.2 ALECRim en el que se dispone, respecto de los testigos menores de catorce



años, que no se les recibirá juramento, no se menciona la promesa, ni se les hará apercibimiento alguno de incurrir en responsabilidad, excepción que lleva a la conclusión de que la regla general sería, para el caso de testigos menores de edad pero mayores de catorce años, que sí se debería recibir el juramento o promesa. En similares términos el art. 470.2.c) ALECrím, al regular la declaración testifical de una persona con discapacidad, excluye el juramento o promesa «si carece de las condiciones adecuadas para comprender su sentido y significado». En este sentido, se considera que no es posible asumir que se exija responsabilidad penal a quien formula una denuncia policial falsa, pero ninguna a quien declara falsamente ante el Ministerio Fiscal.

Tras el relato realizado por el testigo, el/la fiscal podrá solicitarle las explicaciones necesarias por medio de preguntas claras y sencillas, que no podrán ser sugestivas ni engañosas, así como la identificación de otras fuentes de prueba que corroboren las informaciones que haya proporcionado en su declaración. No se realizarán preguntas sobre la vida privada del testigo que no tuvieran relevancia para el hecho investigado, con la salvedad ya apuntada anteriormente, de que sean imprescindibles para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de las manifestaciones realizadas.

Se permite la posibilidad de exhibir al testigo los objetos sobre los que hubiera de declarar, si bien resulta confusa la referencia que realiza el apartado 6 del art. 466 ALECrím a que se adoptarán «todas las medidas necesarias para procurar la mayor exactitud de la declaración».

Finalmente, se indica en el apartado 7 del art. 466 ALECrím que el testigo será asistido por un intérprete «cuando no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial en que se desarrolle la actuación procesal o se trate de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje». A diferencia de la regulación vigente (arts. 440-442



LECrím), no se hace mención alguna a la necesidad de tomar previo juramento o promesa en el fiel desempeño de sus funciones al intérprete.

Por lo que respecta a los deberes del testigo tras la declaración prestada y que corresponde al fiscal informarle de tales deberes, así como de hacerlos constar al final de la diligencia de la declaración, el art. 467 ALECrím regula la obligación de comunicar a la fiscalía o al tribunal que conozca de la causa cualquier cambio de domicilio, aunque sea temporal, hasta que sea citado para el juicio oral, la obligación de comparecer para declarar cuantas veces sea citado y la obligación de mantener reserva de su declaración, quedándole prohibido revelar el contenido de la misma o realizar cualquier manifestación pública sobre esta.

Se prevé que la documentación de la declaración del testigo se realice tanto por medio de un acta escrita como mediante su registro en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, como establece el art. 468 ALECrím. La regulación así proyectada continúa pensando en la existencia de un expediente tradicional *en papel* y no en un expediente digital, extremo que habría de tenerse en cuenta, máxime si se piensa en el momento en el que la norma será efectivamente aplicada. En este punto nos remitimos a lo ya analizado en los arts. 150 y ss. ALECrím. Las declaraciones debieran aparecer transcritas en el mismo expediente por cuanto esa documentación es necesaria para hacerse valer como medio de prueba a través de la contradicción en el acto del juicio oral.

El apartado 4 del art. 468 ALECrím comienza con una afirmación redundante: «la grabación de la declaración solo podrá ser utilizada para los fines del proceso penal», para continuar indicando que las partes tendrán derecho a obtener una copia de la grabación con la prohibición expresa de realizar nuevas copias o de divulgar su contenido y debiendo devolverlas cuando su utilización no resulte necesaria.



Se establece en el apartado 5 del art. 468 ALECrím la posibilidad de que el testigo se opusiera a que se entreguen copias de la grabación de su declaración, en cuyo caso se deberá hacer una transcripción literal de esta, manteniendo las partes el derecho a examinar la grabación. Sorprende que no se exija razón alguna a tal oposición, bastando por tanto que el testigo la efectúe y que, como se señalaba anteriormente, se continúe con la idea de un expediente tradicional, en papel y no en un expediente digital.

No se contempla fórmula legal para el supuesto de fallecimiento sobrevenido del testigo o que se halle en paradero desconocido en el momento de la celebración del juicio oral, dado que su testimonio no tendría acceso al plenario al no haber sido objeto del incidente de aseguramiento de fuente de prueba.

El Anteproyecto distingue en su regulación la declaración del menor de edad (art. 469), de la persona con discapacidad (art. 470) y del testigo protegido (art. 471). Como se indica en la exposición de motivos, «[h]an sido objeto de regulación especialmente cuidadosa y detallada las declaraciones testificales de los menores y las personas con discapacidad, asegurando su adaptación a las particulares condiciones y circunstancias concurrentes, con posible intervención de expertos y sin perjuicio de acudir, de resultar preciso, al incidente de aseguramiento de prueba. En la misma línea tutelar, se incorporan al texto de la ley las directrices básicas sobre el régimen de protección de testigos, que se inspiran, en esencia, en las que ya contuviera la propuesta de Código Procesal Penal. En base a esas directrices, ha de procederse, como reforma paralela indispensable en la articulación de un nuevo modelo de proceso, a la aprobación de una legislación protectora de testigos y peritos. La parca regulación actual es manifiestamente insuficiente para cubrir las necesidades del sistema de justicia criminal, sobre todo en relación con los supuestos de criminalidad organizada».



Por lo que respecta a la declaración del menor de edad, recogida en el art. 469 ALECrim, se valora favorablemente la previsión contenida en su apartado 1 al indicar que declarará acompañado «de quien ejerza su patria potestad, tutela o guarda, salvo que el procedimiento se dirija contra dichas personas o que el fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde otra cosa», en cuyo caso solicitará del organismo competente en materia de protección de menores que designe a la persona que deba asistirle durante la declaración.

Como ya se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, resulta contradictoria la previsión del apartado 2 relativa a la ausencia de juramento o promesa del menor de catorce años. La redacción ofrecida permite considerar que, en caso contrario, esto es, menores de edad mayores de catorce años sí estarán sujetos al recibimiento de juramento o promesa de decir verdad, sin embargo, respecto de las declaraciones testificales de mayores de edad no se menciona el recibimiento de tal juramento o promesa, previo a su declaración. Por ello, tal extremo debería ser aclarado.

Por lo que respecta a la práctica de la declaración testifical, se corresponde a grandes rasgos con la regulación del vigente art. 433 LECrim y las previsiones contenidas en el Estatuto de la Víctima.

El interrogatorio se realizará a la mayor brevedad posible, acomodándose a las especiales necesidades del menor (habilidades, edad, madurez intelectual). En el caso de que las condiciones del menor lo requieran, la declaración se podrá realizar con la intervención de un perito experto en psicología del testimonio, a quien previamente se le exigirá que preste juramento o promesa. La declaración será siempre grabada en soporte audiovisual y no será reiterada salvo que resulte imprescindible.



Si el testigo no debe ser sometido al examen contradictorio en el juicio oral, atendiendo a su edad y situación de especial vulnerabilidad, se procederá al aseguramiento de la fuente de prueba.

El segundo párrafo del art. 469.4 ALECrim prevé la exclusión de la presencia del fiscal y de las demás partes, confundiendo el prelegislador a quien dirige la investigación con una parte del procedimiento, motivo por el que se propone sustituir esa expresión por la de «el fiscal y las partes».

La regulación de la declaración del menor de edad y de la persona con discapacidad prevista en el Anteproyecto se ha visto superada por la reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la disposición adicional primera de la LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, de suerte que los arts. 469 y 470 ALECrim debieran ser modificados para introducir esas novedades.

En primer lugar, respecto a la dispensa de la obligación de declarar, debe señalarse que no se recogen los supuestos de conflicto de intereses entre el menor que declara y sus representantes legales, tal y como ya advertíamos en nuestro informe a la LOPIVI, y tal y como se recogía en la STS 699/2014, de 28 de octubre. Ya entonces nos mostrábamos favorables a la fórmula recogida en el anteproyecto de Ley de protección integral de la infancia que, sin embargo, no se ha mantenido ni en la tramitación parlamentaria ni en el texto finalmente publicado (BOE de 5 de junio de 2021). En el texto primero se recogía que tratándose de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, corresponderá a sus representantes legales decidir si esta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y en otro caso se



respetará el derecho de la persona menor de edad a ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente.

Debiera introducirse esta regulación y, para el caso de que no se considerara oportuno que fuera el Ministerio Fiscal el que adoptara la decisión por considerarla incompatible con su posición de titular y director exclusivo del procedimiento de investigación, también se sugiere la posibilidad de acudir a la figura del defensor judicial regulado en el art. 26 del Estatuto de la Víctima que específicamente está previsto para estos casos de conflicto de intereses.

En segundo lugar, entendemos que la actual redacción de los arts. 448 *bis* y *ter* LECrim es más completa y acertada que la prevista en el apartado 4 del art. 469 ALECrim.

En tercer lugar, se considera adecuada la introducción de la una cláusula extensiva de estas reglas especiales a otros testigos (no solo menores de edad o personas con discapacidad) que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, aun cuando no hayan sido declarados testigos protegidos por no existir motivo para ello pero sea imprescindible para evitarles un proceso de victimización secundaria.

Por otro lado, la declaración deberá realizarse a la mayor brevedad y deberá acomodarse a las especiales necesidades de quien declare y a su grado de discapacidad, lo que se valora positivamente.

Sin tratarse de un catálogo cerrado, puesto que se admite la adopción de otras medidas que se estimen oportunas, se procederá del siguiente modo:

i) Si existen razones fundadas que lo justifiquen se realizarán las comprobaciones necesarias para evaluar la capacidad de la persona para



testificar y determinar los ajustes que sea necesario realizar para que preste declaración, pudiéndose recabar dictamen pericial al respecto.

ii) Se acordará que la declaración se tome con ayuda de un perito experto en psicología del testimonio, quien previamente prestará juramento o promesa.

iii) Al testigo no se le recibirá juramento o promesa ni se le apercibirá de incurrir en responsabilidad penal, si carece de las condiciones adecuadas para comprender su sentido y significado. Al respecto ya se ha señalado anteriormente la contradicción existente con lo establecido para las declaraciones testificales de mayores de edad.

Es muy importante e interesante esta previsión de un previo dictamen que evalúe las necesidades de apoyo de una persona para testificar pero, evidentemente, no se trata de examinar la capacidad de testificar, sino de dictaminar por parte de peritos especializados cómo se debe crear el espacio necesario para el mejor y óptimo desarrollo de la testifical. No se regula, sin embargo, de forma expresa y separada la pericia consistente en la valoración de las necesidades de apoyo para testificar y determinar los ajustes que precise una persona con discapacidad para prestar su declaración, tampoco la asistencia a dicha declaración.

Como ya se indicaba en la exposición de motivos, resulta imprescindible una reforma paralela a la proyectada en materia de protección de peritos y testigos ante la parca regulación ofrecida por la LO 19/1994, de 23 de diciembre.

El art. 471 ALECrim establece la regulación de las declaraciones de los testigos protegidos con remisión a la normativa existente en la materia, por lo que no existen grandes novedades respecto de la LO 19/1994, si bien se valora positivamente la ampliación de las personas cuya vida, integridad o libertad puedan verse en peligro, abarcando al propio declarante, a sus familiares o



allegados. Asimismo, resulta acertada la mención a la necesidad de proporcionar al testigo protegido además de una nueva identidad, los medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo.

No se valora positivamente la reducción del presupuesto objetivo únicamente a los supuestos en los que la declaración del testigo pueda poner en peligro su vida, integridad o libertad o la de sus familiares y allegados. La regulación propuesta supone una reducción del presupuesto objetivo establecido en la propia LO 19/1993, en su artículo 1.2 («para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos»).

Al mismo tiempo, excluye de esta protección supuestos en los que la represalia, la amenaza por la declaración prestada consista en ataques a otros bienes jurídicos, como podría ser el honor (por ejemplo, a través de campañas de difamación). Por ello, se interesa la inclusión de otros bienes jurídicos que pudieran ponerse en riesgo tales como el derecho al honor, los derechos económicos y laborales (legítimas expectativas que se pudieran tener).

Asimismo, el prelegislador pierde la oportunidad de incluir en la regulación de los testigos protegidos a los *alertadores* de delitos de corrupción, en los términos de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión.

Volviendo a la redacción del art. 471 ALECRim, la defensa podrá solicitar que se revele la identidad del testigo, revelación que nunca alcanzará a su nueva identidad y, una vez conocida, podrá proponer prueba sobre su credibilidad.



Se admite la posibilidad de que, con ocasión de una actuación encubierta, los funcionarios policiales que hubieran actuado con identidad supuesta conforme al art. 504 ALECrím, puedan mantenerla para testificar en el juicio oral.

Por último, el art. 472 establece la aplicación supletoria de la regulación de la declaración testifical en el juicio oral para lo no previsto expresamente en este capítulo.

Asimismo, el apartado 2 del art. 472 dispone que «el mismo régimen establecido en los artículos anteriores de este capítulo se observará por la Policía Judicial en la toma de declaraciones de los testigos en todo lo que sea aplicable». Esta previsión no solo incide en el planteamiento inicial de que las diligencias practicadas en la fase de investigación agoten su eficacia en el juicio de acusación, privándoles de cualquier valor probatorio, sino que, además, aproxima la consideración de las diligencias practicadas por la policía judicial a las practicadas por el Ministerio Fiscal.

**§ 82.** El **Capítulo II** del Título VI («el examen pericial») se integra, dividido en dos secciones, por los arts. 473 a 493.

La exposición de motivos indica que «en las disposiciones relativas a los peritos se mantiene, sustancialmente, la regulación incluida en su momento en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, en la que se introducen, no obstante, algunas actualizaciones especialmente relevantes», fundamentalmente las relativas a la prueba pericial científica, los instrumentos de valoración de riesgo de violencia o reincidencia y las pruebas periciales sobre credibilidad de los testimonios de menores de edad.

Como se ha señalado anteriormente, el Capítulo II se encuentra dividido, a su vez, en una Sección 1ª (de la prueba pericial), una Sección 2ª (de la prueba científica) y una Sección 3ª (de las reglas especiales sobre prueba pericial).



§ 83. Por lo que respecta a la prueba pericial (**Sección 1ª**, arts. 473 a 482 ALECrim), su procedencia es similar a la regulación vigente. Así, se establece que se acudirá a la realización de un informe pericial «cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia relevante en el procedimiento, sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos» (art. 473), debiendo proporcionar la información necesaria para fundamentar las conclusiones sobre los hechos objeto de examen y absteniéndose de incluir en su dictamen *juicios de responsabilidad* sobre los hechos o las personas investigadas.

El art. 474 ALECrim atribuye la consideración de peritos a aquellos que posean el título oficial que corresponda a la materia objeto de dictamen y a aquellos que, por tratarse de materias no comprendidas en títulos oficiales, puedan acreditar de otro modo conocimientos o prácticas acerca del objeto de la pericia; esto es, se trata de términos similares a la actual regulación del art. 457 LECrim. Al mismo tiempo, añade la consideración de peritos a los funcionarios públicos en materias relacionadas con su competencia y con su cualificación funcional, así como otros empleados públicos que acrediten conocimientos o prácticas acerca del objeto de pericia.

El fiscal podrá designar los peritos que estime oportuno, pudiendo designar dos o más atendiendo a la complejidad de la pericia o por otra causa justificada, como indica el art. 475 ALECrim.

La designación se hará entre el personal técnico adscrito a la fiscalía; en su defecto, se realizará atendiendo a la especialidad y competencia sobre la que haya de versar la pericia, es decir, entre personal externo al adscrito a la Fiscalía. Esta posibilidad es una más para reclamar la necesaria atribución de autonomía reglamentaria al Ministerio Fiscal a fin de que se regulen las relaciones entre los peritos, principalmente los externos y el Ministerio Fiscal, así como autonomía presupuestaria para abonar sus honorarios, autonomía



que reforzaría la imagen de imparcialidad del Ministerio Público. Asimismo, cuando sea precisa la designación de peritos entre empleados públicos en razón de su especialidad y competencia, se solicitará la designación al organismo público competente para realizarla.

En cuanto al llamamiento, aceptación y nombramiento, el art. 476 indica que la comunicación de la designación del perito para su aceptación no será necesaria cuando se trate de sujetos u organismos colaboradores de la fiscalía. Se desconoce si por *sujetos u organismos colaboradores* se entiende únicamente al personal técnico adscrito a la fiscalía.

Los peritos designados solo podrán negarse a la designa si concurre en ellos causa de abstención o no tengan la obligación de declarar como testigos. De admitirse la causa de rechazo del cargo, se procederá de igual modo que en la primera designa.

El apartado 3 del art. 476 ALECrím indica que, aceptado el encargo, el perito manifestará, bajo juramento o promesa de decir verdad, que actuará con objetividad en la realización de la pericia y que su actuación se ajustará a las normas deontológicas aplicables a la actividad que va a desarrollar.

El Anteproyecto contiene una relación de las causas de abstención y recusación de los peritos en su art. 477, que comienza indicando que solo podrán ser recusados los peritos designados por el fiscal. El/la fiscal podrá hacer objeto de tacha a los peritos de las otras partes en el trámite previsto en el art. 632 ALECrím.

El catálogo de las causas de abstención parece ampliado, aunque si se analiza con detenimiento se comprueba que muchas de ellas son redundantes, por ejemplo, la 2ª de las previstas en el art. 477.2 ALECrím (tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante) y la 7ª (tener participación en una



sociedad, establecimiento o empresa que sea parte en el proceso). Por otro lado, a fin de evitar cualquier sospecha de condicionamiento en su dictamen, se sugiere suprimir el adjetivo «íntima» asociado al concepto de amistad como causa de abstención y, en su caso, recusación del perito prevista en el art. 477.2.4ª ALECrim.

Sorprende que la primera de las causas de abstención continúe haciendo referencia a *ser cónyuge*, sin admitir la inclusión de persona a la que se haya unido por análoga relación de afectividad, que excedería del ámbito de la amistad íntima de la causa 4ª, por lo que se considera necesaria la modificación del precepto en este sentido.

Se establece una cláusula de aparente cierre, puesto que se añade como causa 8ª cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional; debe ponerse de manifiesto la indeterminación que supone la referencia al desmerecimiento profesional que deberá ser integrada por la jurisprudencia.

La causa 9ª (*haber intervenido en el procedimiento previo, en vía administrativa, por los mismos hechos, sin perjuicio de que al prestar testimonio pueda incorporar los conocimientos técnicos, artísticos o prácticos que tenga sobre los mismos*) debería concretar en qué ha de consistir esa intervención previa, si se exige la emisión de un dictamen, lo que podría subsumirse en la causa 6ª (*haber dado anteriormente dictamen contrario a la parte recusante sobre el mismo asunto*).

El procedimiento de recusación se regula en el art. 478. El procedimiento se desarrolla por escrito y se resuelve por el/la fiscal mediante decreto no susceptible de impugnación, sin perjuicio de lo establecido en el art. 632 ALECrim.



Corresponde al fiscal, conforme al art. 479 ALECrím, la determinación del objeto del dictamen, así como los instrumentos, efectos y muestras que han de entregarse al perito y la fijación del plazo en el que deba aportarse el informe por escrito.

El apartado 2 del art. 479 ALECrím reproduce el contenido del art. 392.3 del ALECrím de 2011 al indicar que el fiscal podrá ordenar a la policía la remisión directa de lo que deba ser objeto de análisis pericial a las personas u organismos colaboradores de la fiscalía.

Asimismo, se indica que se conservará, siempre que sea posible, una muestra que permita un nuevo examen.

El apartado 4 del art. 479 ALECrím establece que «el perito tendrá acceso al expediente de investigación cuando el conocimiento del mismo sea necesario para la elaboración del dictamen. En tal caso, en el dictamen se dejará constancia de los particulares examinados». A pesar de que el art. 479 es una reproducción del art. 392 del ALECrím de 2011, obvia trasladar al texto propuesto la posibilidad de que el fiscal deniegue dicho acceso «en los casos en que pueda ponerse en peligro la investigación». Se considera que esta referencia resulta importante para delimitar las posibilidades de acceso al expediente del perito, por lo que se recomienda su inclusión.

La persona investigada podrá proponer, en virtud del art. 480 ALECrím, «aquellos puntos a los que debe extenderse el dictamen o aportar otros instrumentos o efectos para su análisis conjunto», acordándolo el/la fiscal siempre que sea útil y pertinente al objeto de la pericia.

Igualmente, la persona investigada podrá designar un perito a su costa para que concurra al reconocimiento, si la naturaleza y el objeto de la pericia lo permiten.



Se indica expresamente que la regulación relativa a la protección de testigos prevista en el Anteproyecto resulta de aplicación a los peritos «cuando exista un peligro para la vida, integridad o libertad de ellos mismos o de sus familiares o allegados» (art. 481 ALECrím). En este punto nos remitimos a lo ya manifestado respecto del art. 471 ALECrím.

El informe pericial se realizará por escrito y tendrá el contenido que se establece en el art. 482 ALECrím.

El perito relacionará detalladamente los antecedentes que haya tomado en consideración para la realización del dictamen y de ser necesario los incluirá en un anexo documental.

El contenido del informe pericial se ha visto ampliado y detallado respecto de la regulación del art. 394 ALECrím de 2011, que solo indicaba que debía constar la descripción del objeto de la pericia, su estado y modo en que se halla y las manipulaciones realizadas a lo largo del proceso; la relación de todas las operaciones practicadas y de su resultado; las conclusiones que se formulen y las observaciones realizadas por las partes o sus peritos en el acto de reconocimiento.

Por lo que respecta a la exigencia de incluir «las publicaciones especializadas que avalen los procedimientos y técnicas empleados y los fundamentos en que se basan», parece más propia de la prueba científica que de una pericial ordinaria.

**§ 84.** La exposición de motivos indica que una de las novedades introducidas en el Anteproyecto respecto del de 2011 es «el régimen singularizado de las pericias que pretenden aportar conocimientos que, por estar basados en métodos empíricos dotados de una especial fiabilidad en el seno de la comunidad científica, aportan al proceso conclusiones de especial valor. (...)»



Para lograr un estándar mínimo de fiabilidad que permita la incorporación al acervo probatorio de este tipo de informe se exige que incluya datos adicionales que no son ordinariamente exigidos a cualquier otra pericia».

Antes de comenzar con el análisis pormenorizado de la regulación proyectada, convendría señalar la valoración positiva que se realiza a esta regulación específica de la prueba científica, si bien debe advertirse de los riesgos que conlleva relativos a su transformación en una suerte de prueba tasada, de *verdad científica*.

La característica fundamental de la prueba científica (**Sección 2ª** del Capítulo II), que permite diferenciarla de la prueba pericial, radica en el empleo del método científico en su elaboración.

En este sentido, el art. 483 ALECrim establece que de precisarse conocimientos científicos para acreditar o apreciar hechos relevantes para la causa, el informe pericial, además del contenido recogido en el art. 482 ALECrim, deberá incluir los extremos específicamente previstos.

Como puede observarse, la finalidad de estos contenidos que debe tener la prueba científica radica en la acreditación del empleo del método científico y siguen los denominados *criterios Daubert* que deben concurrir en toda prueba científica: controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se funda la prueba; porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares técnicos empleados; publicación en revistas sometidas al control de expertos, de la teoría o la técnica en cuestión; existencia de consenso general en la comunidad científica interesada.

A la luz de los *criterios Daubert* puede concluirse que la exigencia de publicaciones especializadas es propia de la prueba científica y no de la pericial ordinaria, por lo que se interesa su eliminación del art. 482 ALECrim.



El art. 484 ALECrím establece que el dictamen pericial de laboratorios oficiales homologados emitidos durante la investigación no precisará de ratificación en juicio cuando no hay sido impugnado y así lo establezca el juez al admitir la prueba. En caso de impugnarse o de considerarlo necesario el juez, se acordará la declaración de los peritos autores del informe.

§ 85. Como se indicaba anteriormente, la **Sección 3ª** de este Capítulo II contiene «reglas especiales sobre prueba pericial», dedicadas a los instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia y a las pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios de menores de edad, con la finalidad de establecer criterios de fiabilidad de las mismas.

El art. 485 ALECrím versa sobre los instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia y exige que los mismos incluyan todos los parámetros estadísticos que permitan evaluar tanto su fiabilidad como su capacidad predictiva. Con el objetivo señalado se exige que en ellos se especifiquen el tamaño de la población con la que se han construido, las variables utilizadas como factores de riesgo, los criterios de medición empleados y el tiempo de validez de la predicción, así como los estudios de validación realizados.

Por su parte, el art. 486 ALECrím establece los criterios de fiabilidad y validez de las pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios de menores de edad, que se realizarán siempre por expertos en psicología del testimonio. Cabe señalar que no se indica quién deberá encargarse de la transcripción literal de la declaración del menor, por lo que se interesa que se aclare este extremo.

El art. 487 ALECrím establece que los informes periciales solo tendrán valor probatorio cuando estén basados en técnicas y procedimientos fiables y suficientemente contrastados. Esta mención, si se atiende a los estrictos requisitos exigidos en la elaboración de los informes periciales, no se considera



necesaria. Asimismo, debería aclararse si se refiere a toda prueba pericial o solo a la contenida en la Sección 3ª del Capítulo II.

El citado precepto finaliza afirmando que «la observancia de la regulación contenida en esta ley sobre la realización del informe pericial será valorada por el tribunal a los efectos de determinar su admisibilidad». Al respecto, debe señalarse que la admisibilidad de la práctica de una prueba en el juicio oral se hace depender de la pertinencia y utilidad de la misma y de que no se haya obtenido ilícitamente, por lo que el análisis o valoración de ésta corresponde al juez en el momento de dictar sentencia.

**§ 86.** El **Capítulo III** del Título VI es el relativo a «los médicos forenses» y en la regulación propuesta no existen importantes modificaciones respecto de la regulación actual, si bien se expondrán algunas de las más relevantes.

El art. 488 ALECrim atribuye expresamente a los médicos forenses la dirección de la unidad especializada encargada de la diligencia de levantamiento del cadáver, si bien debería preverse que esa dirección le corresponda al fiscal en el caso de que asista a la citada diligencia. Se indica, también, que los dictámenes periciales sobre capacidad procesal e imputabilidad deberán realizarse por médicos forenses especialistas en psiquiatría. Limitar la realización de dictámenes periciales exclusivamente a médicos forenses con la especialidad de psiquiatría resulta de imposible aplicación práctica por ausencia de un número suficiente de forenses con dicha especialidad en todas partes del territorio nacional. Resultaría más conveniente bien establecer que serán «preferentemente» realizados por médicos forenses especialistas en psiquiatría, bien requerir solamente que se trate de médicos forenses con conocimientos en psiquiatría.

Son de aplicación las causas de abstención y recusación de los peritos, así como el procedimiento de recusación, en virtud del art. 489 ALECrim.



Se admite la posibilidad, si el fiscal lo estima oportuno, de que proceda al nombramiento de facultativos especialistas que cooperen con el médico forense (art. 490 ALECRim).

Si fuera necesario recabar los datos de la historia clínica de la persona investigada o de un tercero, se precisará autorización del juez de garantías, conforme establece el art. 491 ALECRim; los datos procedentes de la historia clínica serán remitidos directamente al médico forense. Al respecto, debe recordarse que si el Ministerio Fiscal tiene la consideración de autoridad de tratamiento de datos, carece de sentido exigir la autorización del juez de garantías. Al mismo tiempo, no se contemplan los supuestos de consentimiento de la persona investigada o del tercero o el fallecimiento de este último

En cuanto a la asistencia a la persona lesionada, el art. 492 ALECRim indica que corresponde al médico forense el control periódico de los lesionados y la valoración del daño corporal, sin perjuicio de la asistencia de los facultativos designados por el lesionado o su familia o por la persona investigada.

El art. 493 ALECRim establece que «cuando el médico forense o los peritos designados por el fiscal o las partes no estuvieran conformes con el tratamiento empleado por los facultativos que el paciente o su familia hubiesen nombrado, lo comunicará al fiscal». Esta previsión resulta, cuando menos, confusa puesto que no indica la consecuencia que llevará aparejada tal discrepancia ni la finalidad con la que se realiza dicha comunicación. Por ello, se considera conveniente la eliminación del precepto.

Analizada la regulación propuesta de la prueba pericial en la fase de investigación, debe indicarse que sería conveniente la referencia a la prohibición de la prueba pericial de derecho, que abarcase no solo el derecho extranjero, sino que también expresara claramente la prohibición de periciales



de derecho interno y que las mismas comprenden no solo la existencia de la norma sino también la aplicación e interpretación de la misma.

En el mismo sentido, y ante el aumento de su práctica en la actualidad, sería conveniente realizar alguna referencia a la denominada prueba de inteligencia policial.

§ 87. El Anteproyecto aborda la regulación de «las investigaciones encubiertas» en el **Título VII** del Libro III, dividido en tres capítulos: el Capítulo I (arts. 494 a 499) contiene la regulación de la circulación y entrega vigiladas; el Capítulo II (arts. 500 a 508) el agente encubierto; y el Capítulo III (arts. 509 a 513) las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación.

Si bien se reconoce y pone en valor el esfuerzo del legislador por ofrecer una regulación sistemática y completa de las investigaciones encubiertas, incluyendo en el título las diligencias de entrega vigilada y agente encubierto introducidas por la LO 5/1999, de 13 de enero, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*, así como el agente encubierto informático introducido por 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*, una vez más, el Anteproyecto pone de manifiesto en la regulación de la figura del agente encubierto, como se expondrá a continuación, la desconfianza del prelegislador hacia el Ministerio Fiscal como director de la investigación, sometiendo su actuación a la tutela del juez de garantías, dando a este último una intervención en la investigación que tampoco resulta justificada en este supuesto y que es contraria al espíritu y finalidad de la norma.



**§ 88.** El **Capítulo I** (arts. 494 a 499) afronta la regulación de la diligencia de investigación de «circulación y entrega vigiladas» que merece, en términos generales, una valoración positiva. Como señala la exposición de motivos, «[l]a circulación y entrega vigilada es una diligencia útil para identificar y aprehender a todos los implicados en una actividad delictiva que resulta compleja por la propia dinámica del “tráfico” ilícito de bienes. El mismo concepto negocial de “tráfico” implica una cierta relación multilateral entre personas situadas en lugares y contextos diversos —productores, compradores, vendedores, posibles intermediarios, transportistas y destinatarios finales—. El seguimiento de la mercancía para la identificación de todos estos posibles responsables criminales puede resultar necesario con independencia de la relación ocasional o permanente que exista entre ellos. De ahí que la entrega vigilada aparezca como un medio de investigación útil en los casos en los que los diversos partícipes en el tráfico de los objetos afectados no pertenecen a una organización criminal y mantienen una relación puntual de mera codelincuencia».

De acuerdo con esa perspectiva, se propone la sustitución en el apartado 1 del art. 494 ALECrim del término «imprescindible» por «necesaria».

El apartado 2 del art. 494 regula el contenido y objeto de la diligencia de circulación y entrega vigilada, se amplían los bienes materiales, especies, objetos y efectos que pueden ser objeto de circulación y entrega vigilada en relación a las previsiones del vigente art. 263 *bis* LECrim, manteniendo la necesaria proporcionalidad con la gravedad de la infracción penal investigada, lo que se valora positivamente.

No obstante, se propone la supresión de las menciones a los arts. 371 y 372 CP en el apartado 2.a) del art. 494 ALECrim, esto es, que la referencia se haga a «los artículos 368 a 370 del Código Penal», habida cuenta de que el art. 371 CP no se refiere a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas,



sino a precursores, que son incluidos expresamente de manera singular en el ordinal siguiente del mismo precepto, y el art. 372 no se refiere tampoco a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino a la condición o cualidad del autor del delito a los efectos de establecer una pena específica.

En cuanto a la autorización de circulación y entregas vigiladas (art. 495 ALECrim), la autoridad competente para acordar la medida es el Ministerio Fiscal, salvo casos de extraordinaria o urgente necesidad en que podrá ser acordada por los jefes de las unidades de policía judicial dando cuenta inmediata al fiscal que habrá de ratificar o revocar la medida en un plazo máximo de 24 horas.

En relación al segundo párrafo del apartado 3 del art. 495, debe precisarse que en caso de que no se hubiera incoado investigación alguna sobre los hechos delictivos, la decisión del fiscal de no proceder a la incoación del procedimiento investigador conllevará el cese inmediato de la medida adoptada por la policía judicial en el supuesto del apartado 2.

Se valora, asimismo, positivamente la regulación del art. 496 en cuanto a la especificación de los particulares que debe contener el decreto del fiscal que obviamente debe ser fundado y conlleva la declaración del secreto y la formación de pieza separada. Nada que objetar a la ejecución de la diligencia, regulada en el art. 497, que corresponde a la policía judicial que debe mantener informado al fiscal de la ruta, itinerario y destino y de las personas que se relacionen con el envío. Respecto de los efectos que salen del territorio nacional sin intervención, sería más correcto técnicamente hacer referencia al «responsable de la unidad» a cuyo cargo haya de quedar la vigilancia y control de los bienes y mercancías objeto de la entrega vigilada una vez que abandonen territorio español.



Respecto a la sustitución de los elementos objeto de la circulación o entrega vigiladas (art. 498 ALECrim), se valora positivamente su regulación en cuanto solo puede autorizarla el/la fiscal mediante decreto, si bien la exigencia de intervención del letrado de la administración de justicia en todo caso puede dificultar o imposibilitar su práctica en muchos supuestos. El apartado 3 del art. 498 parece pensado exclusivamente para drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas pero dada la existencia de diferentes objetos de circulación o entrega vigilada, por ejemplo, una especie animal o vegetal protegida, debería preverse también su constatación en caso de sustitución de modo mediante su descripción o la elaboración de un dictamen pericial.

Por último, en relación con la interceptación y apertura (art. 499 ALECrim) debe recogerse en el precepto que la apertura se acuerda por el/la fiscal y con intervención del letrado de la administración de justicia que levantará acta. En cuanto a la participación de la persona investigada en todo caso establecida en el apartado 1, se propone la introducción de la posibilidad de que se realice con asistencia del letrado que le represente.

**§ 89.** El **Capítulo II** del Título VII (arts. 500 a 508 ALECrim) contiene la regulación del denominado «agente encubierto», abordando su ámbito de aplicación el art. 500 ALECrim que se aparta de la vigente regulación del art. 282 *bis* LECrim que, según señala la exposición de motivos «se corresponde a un ordenamiento penal sustantivo ya superado, en el que las organizaciones criminales no estaban definidas como tales» y que incluía un listado tasado de delitos respondiendo al “intento de realizar una definición del concepto de “delincuencia organizada” por referencia a una serie de actividades típicamente relacionadas con las organizaciones criminales».

Así, el art. 500 ALECrim, siguiendo en este punto la regulación del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, vincula la utilización de esta diligencia a la investigación de los delitos de organización criminal, de



modo que permite su utilización, con los requisitos previstos en la ley, en la investigación de aquellas organizaciones criminales previstas en el tipo del art. 570 *bis* CP que tengan por objeto la comisión de delitos graves, o bien de delitos menos graves cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado 2 del art. 570 *bis* CP: que esté formada por un elevado número de personas; que disponga de armas o instrumentos peligrosos; que disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Así como para la investigación del delito de organización o grupo criminal terrorista previsto en el art. 571 CP.

La simplificación en cuanto a la determinación del objeto de investigación es solo aparente. La referencia del apartado 3 del art. 500 ALECrim al tipo de organización criminal previsto en el art. 570 *bis* CP o al grupo criminal del art. 571 CP dificulta la autorización para su utilización al establecer la obligación de acreditar a priori la existencia de indicios fundados de la comisión de un tipo complejo como es el de organización criminal, cuando de existir indicios fundados sería innecesaria la medida, además de la posibilidad de que se planteen impugnaciones de la diligencia si a raíz de la investigación se determina la existencia de un grupo criminal y no de una organización.

Dificultad a la que hay que añadir que el apartado 4 exige que la autorización judicial contemple, además, los concretos delitos cometidos o que vaya a cometer la organización criminal si se pretende la extensión de la investigación a tales delitos. En este sentido la exposición de motivos señala que «[d]e acuerdo con lo expuesto, ha de entenderse que la investigación de infracciones distintas a la constitución, promoción, coordinación, dirección o pertenencia activa a una organización criminal nunca será la finalidad primordial del agente encubierto. Por este motivo, la extensión de la investigación a estos otros delitos –singularmente, los que constituyen el objeto de la actividad delictiva de



la organización investigada— requerirá autorización judicial expresa e individualizada para cada uno de ellos».

Asimismo, el apartado 1 del precepto delimita excesivamente, sin justificación legal para ello, la actuación del agente encubierto al señalar que la autorización lo será para infiltrarse en una organización criminal. Esta concreta previsión dejaría fuera de la regulación la autorización de un agente encubierto para investigar una organización criminal sin integrarse en la misma, por ejemplo, ofreciéndole ciertos servicios que la organización precise. Debe tenerse en cuenta que existen organizaciones criminales tan herméticas que la infiltración en las mismas sería imposible sin vulnerar antes algún precepto del Código Penal. Piénsese, por ejemplo, en las maras o pandillas de origen centroamericano que exigen la comisión de delitos graves para formar parte de las mismas. Es más, la experiencia práctica demuestra que la forma habitual de actuación de las unidades policiales de encubiertos consiste en la investigación de la organización desde fuera, sin llegar a infiltrarse en la misma, prestándole generalmente algún servicio o medio que la organización demande, pero desde fuera del entramado delictivo. Por ello, lo que la regulación procesal debe autorizar es la investigación de organizaciones criminales a través de esta técnica, pero sin limitar las facultades o capacidades del investigador que será quien, en último término, decidirá si lo hará desde dentro o fuera de la estructura delictiva.

Se propone sustituir en el apartado 1 del art. 500 ALECrím la expresión «se infiltren en» por la de «pueda investigar», y en el apartado 4 la expresión «la infiltración» por la de «su actuación», suprimiéndose el inciso «siempre que la autorización judicial se extienda expresamente a cada uno de ellos», que debe sustituirse por «de lo que se informará a la mayor brevedad al fiscal». Se propone, asimismo, la supresión de la necesidad de autorización del juez de garantías prevista en el último párrafo del apartado 4, bastando con la autorización del fiscal director de la investigación.



El apartado 5 del art. 500 ALECrím delimita excesivamente de nuevo las posibilidades de actuación de un agente encubierto. Con motivo de la exigencia del principio de excepcionalidad en la adopción de la diligencia, establece como límite de su actuación la averiguación de los aspectos organizativos, de la estructura y de los componentes de la organización, dejando fuera, sin justificación para ello, el resto de los fines que persigue una investigación penal, de manera destacada, la comisión del delito. De este modo, por ejemplo, si a través de un confidente se tuviera conocimiento de que una organización terrorista va a intentar quitar la vida a un dirigente político, con la regulación que ahora se propone no estaría justificado autorizar la actuación de un agente encubierto para averiguar cómo y dónde prepara la organización cometer el delito. Por otro lado, esta previsión se contradice con lo que se expone en el apartado 4 del precepto, que justifica la actuación del agente encubierto, no solo para descubrir la estructura de la organización y sus componentes, sino también delitos pasados o futuros. Debe entenderse que, con la exigencia de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad que el propio precepto incluye, la limitación del derecho a la intimidad de los investigados que la actuación del agente encubierto supone queda suficientemente justificada. Se propone, pues, sustituir el actual apartado quinto por la definición expresa que contiene hoy en día el art. 588 *bis* a) LECrím para el principio de excepcionalidad en los siguientes términos:

*5. La utilización de un agente encubierto solo podrá ser autorizada cuando no existan otros medios de investigación alternativos menos gravosos para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho investigado.*

Respecto a los sujetos que pueden actuar de forma encubierta (art. 501 ALECrím) se propone suprimir los apartados 2 y 3. La redacción del precepto denota una censurable técnica legislativa. Al haber previsto el artículo anterior que «[p]odrá autorizarse la actuación como agente encubierto de quienes sean



funcionarios de la Policía Judicial», la referencia a que los particulares no podrán actuar como agentes encubiertos no deja de ser más que una reiteración innecesaria. Y en el mismo sentido resulta una reiteración que no necesita aclaración alguna señalar que quien no es policía judicial —un confidente o un arrepentido— no puede ser autorizado a actuar como agente encubierto.

La valoración del art. 502 ALECrim relativo a la solicitud del Ministerio Fiscal dirigida al juez de garantías es totalmente negativa, por cuanto suprime injustificadamente (ninguna explicación consta en la exposición de motivos) la facultad del Ministerio Fiscal de acordar su práctica, sin perjuicio de dar cuenta inmediata al juez de garantías, como se prevé en el vigente art. 282 *bis* LECrim (introducido por LO 5/1999, de 13 de enero). Llama poderosamente la atención que, precisamente una reforma que atribuye al Ministerio Fiscal la investigación de los delitos, modifique el régimen actual de regulación de la figura del agente encubierto privando al fiscal de la posibilidad de autorizar su actuación, como ahora tiene.

La autorización del mecanismo de investigación del agente encubierto ha venido acordándose por el Ministerio Fiscal sobre la base de la aplicación del art. 282 *bis* LECrim con el posterior control judicial, habida cuenta la compatibilidad con la Constitución española de la autorización no judicial de una medida limitativa de derechos siempre que se prevea un control judicial posterior a esa autorización en el que el juez competente revise y confirme, modifique o revoque la medida.

La modificación del régimen extraña aún más si se repara, conforme a lo que se establece en el art. 505.1 ALECrim, que la autorización para una investigación encubierta únicamente alcanza a amparar las actuaciones que realice el agente que pudieran afectar al derecho a la intimidad de los investigados. En el momento en el que el agente encubierto pretenda



desarrollar cualquier acto de investigación que pudiera afectar a otro derecho fundamental deberá recabar la autorización del juez de garantías.

En este sentido, cabe señalar que la afectación de la intimidad —como hemos señalado con anterioridad— no exige siempre como presupuesto la autorización judicial. Debemos recordar aquí la STS 777/2013, de 7 de octubre, cuando señala:

*¿Es necesario que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez? La respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan leer poco meditadas aseveraciones en ese sentido. Hay casos en que puede hacerlo la Policía Judicial de propia autoridad. En muchos supuestos -no todos- si concurre un consentimiento libre (por ejemplo, una exploración radiológica). En otros, incluso coactivamente (cacheos externos). No puede proclamarse precipitadamente el monopolio jurisdiccional como requisito indispensable de toda afectación de un derecho fundamental: la legitimidad constitucional de la detención policial es prueba clara de lo que se afirma. Ni siquiera sería totalmente exacto afirmar que ese es el principio general, solo excepcionado cuando la ley autorice a la policía expresamente. Actuaciones como la obligación a expulsar unas bolsas de la boca (STS de 25 de enero de 1993) o la toma de huellas dactilares (STS de 12 de abril de 1992) pueden resultar admisibles sin necesidad de una previa validación judicial ni de una ley específica habilitante. Será necesaria la previa intervención judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan (registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). La afectación de un derecho fundamental por sí sola no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal (vid SSTC 206/2007, de 29 de septiembre, ó 142/2012, de 2 de junio ...). Que una actuación pueda menoscabar la intimidad -registro de una maleta o unos papeles- no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no. Por eso la constatación de la incidencia de la medida -análisis químico- en la intimidad no*



*comporta automáticamente previa habilitación judicial inexcusable. Como no necesita autorización judicial el interrogatorio de un testigo por la policía a fin de averiguar datos precisos para una investigación, aunque haya afectación de la privacidad propia o de otras personas (preguntar sobre alguna de sus actividades, si el interrogado estuvo con determinada persona, tipo de relaciones mantenidas con ella...). No es que se quiera equiparar uno y otro tipo de diligencias. Es obvio que no son equiparables. Esta consideración se hace a los únicos efectos de destacar que no es legal ni constitucionalmente correcta la ecuación afectación de la intimidad-necesidad inexcusable de previa habilitación judicial. La incidencia en la privacidad no lleva a cuestionar que pueda recibirse declaración a un testigo por la policía como medio de averiguación del delito, sin necesidad de previa autorización judicial motivada, ni de ningún otro requisito especial. Ni siquiera cuando ese interrogatorio, por exigencias de la investigación, conduce a adentrarse en reductos más sensibles de la privacidad.*

Atribuir la dirección de la investigación penal a un órgano del Estado que carezca de capacidad para limitar, siquiera, el derecho a la intimidad de los investigados (que sin embargo es mucho más intensamente limitado por la Administración en muchas actuaciones administrativas) supone un grave entorpecimiento de la investigación penal con una sensible merma de su eficacia. Parece mucho más oportuno para garantizar la eficacia, la efectividad y la celeridad del procedimiento mantener la capacidad que hoy en día tiene el Ministerio Fiscal para autorizar investigaciones encubiertas, debiendo poner su decisión, como disciplina la actual regulación, en conocimiento del juez de garantías que, de esta forma y desde el principio de la investigación, podría controlar la intensidad de la intromisión en el derecho a la intimidad que con la medida se produce. No parece tener mucha lógica modificar un sistema, como el actualmente vigente, que, por lo que a este extremo se refiere, ha demostrado operatividad y eficacia, al propio tiempo que respeto a los derechos fundamentales de los investigados.



Se propone, por tanto, la supresión de la necesidad de autorización previa del juez de garantías, correspondiendo al fiscal director de la investigación la autorización de la utilización de un agente encubierto mediante decreto, dando cuenta al juez de garantías que deberá ratificarla o revocarla en un breve plazo temporal.

Establece el precepto los presupuestos que habilitan la adopción de este mecanismo de investigación conforme a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad: que se trate de la investigación de un delito de organización criminal dedicada a la comisión de delitos graves o delitos menos graves concurriendo las circunstancias del art. 570 *bis* 2 CP; que la finalidad de la investigación sea la obtención de elementos probatorios para la investigación que no pueden obtenerse de otro modo; y que sea necesaria a los fines de la investigación.

No obstante, los términos en que está redactado el párrafo segundo del apartado 1 —exigencia de aportar indicios fundados de la existencia de una organización criminal de las señaladas en el art. 500 (la referencia debe ser a este precepto y debe añadirse el grupo criminal, dado que el art. 500 ALECrím recoge el grupo criminal terrorista tipificado en el art. 571 CP) y de la pertenencia y colaboración de la persona investigada con la misma— viene a dificultar en extremo la posibilidad de recurrir a la actuación de un agente encubierto, dado que precisamente la averiguación de tales elementos del tipo y circunstancias es el objeto de la investigación mediante el agente encubierto.

Igualmente, por el mismo motivo que se puso de manifiesto al analizar el art. 500 ALECrím, no se considera acertada la excesiva delimitación, sin justificación legal, de la actuación del agente encubierto mediante la acotación de los fines de su actuación que se hace en el art. 502.2 ALECrím, proponiendo por tanto la supresión del apartado 2.



En relación a la resolución judicial (art. 503 ALECrím), se reitera la propuesta de supresión de la autorización del juez de garantías y, por tanto, debiera referirse el precepto al decreto del fiscal, que deberá contener las particularidades reseñadas en el mismo. En el apartado 1.a) tras la referencia a *organización* debe añadirse «o grupo criminal».

Se valora positivamente que se recoja expresamente que en la resolución se establezca el plazo de duración de la medida (seis meses prorrogables por plazos de igual duración sin limitación), fijación de plazo acorde con el principio de proporcionalidad, determinación que no se recoge expresamente en el vigente art. 282 *bis* LECrím.

En cuanto a la regulación de la actuación mediante identidad supuesta (art. 504), hechas las anteriores alegaciones en cuanto a la autorización de la medida por el fiscal director de la investigación, este ha de poder tener acceso a la identidad real del agente encubierto.

Se pone de manifiesto al respecto que la regulación que contiene el apartado 4 del art. 504 ALECrím podría llegar a generar un peligro para la vida o la integridad física del agente encubierto que resulta absolutamente incompatible con el funcionamiento de esta diligencia de investigación. La regla general que establece el precepto es que la identidad del agente encubierto no se mantenga secreta una vez concluido el proceso, admitiendo el precepto la excepción a la regla general. Parece evidente que la regla general debe ser que la identidad del agente encubierto no sea revelada ni siquiera una vez concluido el proceso y solo, ante circunstancias absolutamente excepcionales, se deje abierta la posibilidad de esa revelación con el fin de proveer a eventuales necesidades futuras. Es más, el adecuado funcionamiento de una unidad policial de agentes encubiertos determina que nunca se revele esa identidad, de modo que el mismo agente pueda intervenir en más de una investigación.



Se propone la modificación en tal sentido sustituyendo la expresión «podrá» por la de «deberá» y la corrección de la errata que consta en el mismo apartado suprimiendo el adverbio «cuando». Igualmente, se propone la supresión en el párrafo segundo del apartado 4 del sintagma «en su caso», para recalcar el régimen de absoluta excepcionalidad que debe permitir la revelación de la identidad del agente encubierto.

En relación con el desarrollo de la investigación regulado en el art. 505, señala la exposición de motivos: «Pero es particularmente importante la gradación legal de la injerencia que supone la actuación del agente encubierto. Se distingue, así, una cierta intromisión en la intimidad inherente a esta figura, y que por ello no precisa una nueva autorización judicial –como la entrada en domicilio con el consentimiento, evidentemente viciado, de la persona investigada que desconoce la verdadera identidad y condición del agente policial-, de aquellas otras –como, por ejemplo, una vigilancia acústica- que, en cambio, requerirán una nueva y expresa autorización del juez de garantías».

Sin embargo, la reciente STS 207/2020, de 28 de enero, afirma: «[r]ecordemos en todo caso el fundamento de la necesaria autorización para la actuación mediante agentes encubiertos. Solo algunas de sus tareas exigirían *per se* esa autorización».

La STS 277/2016, de 6 de abril, se pregunta el por qué de esa necesaria autorización judicial, cuando señala:

*Las razones radican tanto en las posibles injerencias en derechos fundamentales amparadas en un engaño o simulación (derecho a no declararse culpable o a no declarar contra sí mismo; inviolabilidad del domicilio); en la afectación de un derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa (recht auf informationelle selbstbestimmung); así como también en la necesidad de dotar al agente encubierto de inmunidad -en sentido figurado- respecto de actuaciones*



*que objetivamente podrían ser típicas y, por tanto, susceptibles de persecución penal. Por eso el art. 282 bis LECrim establece implícitamente las actuaciones que ineludiblemente reclaman esa autorización: la utilización de identidad supuesta y la adquisición o transporte de los efectos del delito sin proceder a su incautación, lo que sería obligado si no mediase esa autorización judicial.*

*Las exigencias del derecho a la autodeterminación informativa, concernido de manera determinante, no son tan intensas en cuanto a la necesidad de intervención judicial. Ese es el primero de los derechos que puede verse afectado. Pero no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial como demuestran las simulaciones policiales investigadoras de corta duración (v.gr., requerimiento de droga por un agente que oculta su identidad a quien parece estar vendiéndola en una vía pública) que, según entiende generalizadamente la doctrina y unánimemente la jurisprudencia, no precisan de ese previo pláacet judicial.*

En relación con este precepto, si se acoge la propuesta de que la autorización de la actuación del agente encubierto sea acordada por el Ministerio Fiscal en el apartado 1, resultará necesario revisar el alcance de las actuaciones que resulten amparadas por la autorización. Efectivamente, la autorización del Ministerio Fiscal podrá amparar actuaciones que limiten el derecho a la intimidad, como ahora se establece, pero no todas, ya que aquellas que supongan una intromisión más intensa, como la grabación de imágenes en lugares privados o el sonido ambiental, en cualquier caso, deberán estar sujetas a la previa autorización judicial, conforme a las previsiones contenidas en los arts. 383 y ss. y 394 y ss. ALECRim.

En este sentido, si bien está implícito en el apartado 2, el precepto no contempla la previsión recogida en el actual apartado 7 del art. 282 bis LECrim en cuanto a la autorización por el juez de garantías de la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio, siendo procedente que se recoja



expresamente, de modo que se propone la siguiente redacción:

*2. Si como consecuencia de la actuación del agente encubierto hubiera de verse afectado el derecho a la intimidad de manera especialmente intensa, como en los casos de escucha y grabación, por medio de sistemas técnicos de captación del sonido, de las conversaciones privadas o grabaciones videográficas en lugares cerrados, o hubiera de verse afectado algún otro derecho fundamental, será preciso obtener la correspondiente autorización del juez de garantías, a instancia del Ministerio Fiscal y con observancia de los requisitos establecidos en la Constitución y en esta ley para la ejecución del acto de investigación que específicamente deba autorizarse.*

Por otro lado, suele ser habitual en las investigaciones encubiertas que los agentes intervinientes, en casos concretos y como medida de seguridad, acudan a reuniones provistos de dispositivos de localización o micrófonos ambientales. La finalidad de tales dispositivos técnicos, en estos casos, no es nunca recabar información para el proceso, sino simplemente facilitar la protección del agente encubierto mediante la cobertura de otros agentes que, gracias a estos dispositivos, pueden intervenir rápidamente ante una situación de peligro personal para el agente. Ante la posible afectación de los derechos fundamentales de los investigados que de estas medidas pudieran derivarse, se considera oportuno la previsión de esta circunstancia en la ley en los siguientes términos:

*3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, el agente encubierto podrá entrar en el domicilio de la persona investigada con el consentimiento de su titular, aunque haya sido prestado con desconocimiento de su condición de agente de la autoridad. El agente encubierto podrá también hacer uso de dispositivos técnicos de geolocalización, captación del sonido u otros semejantes que exija, en casos concretos, el mantenimiento de su seguridad personal. Los datos captados por tales dispositivos no podrán ser grabados ni tener acceso al proceso en ningún*



*caso, salvo que hayan sido expresamente autorizados con este fin por el juez de garantías.*

Se valora positivamente la regulación de la responsabilidad del agente encubierto por conductas delictivas durante la infiltración (art. 506), vinculando la exención de responsabilidad criminal del agente encubierto a aquellas actuaciones que sean proporcionales a la finalidad de la medida, que no entrañen lesión de un bien jurídico de mayor valor que el que se trata de proteger y que estén relacionadas directamente con la actividad delictiva de la organización criminal investigada.

En relación con declaración testifical del agente encubierto (art. 507 ALECrím), se propone la inclusión de un apartado segundo en el que se incluya la mención actualmente existente en el art. 282 *bis* LECrím: «2. En todo caso, les será de aplicación lo previsto en la normativa reguladora para la protección de los testigos».

La redacción ahora propuesta prescinde de la remisión a la Ley de Protección de Testigos que recoge la actual redacción del art. 282 *bis* LECrím. Prescindir completamente de toda referencia a la normativa de protección de testigos es una decisión legal cuestionable y de la que no se da razón alguna en la exposición de motivos. La práctica judicial ordinaria, además, viene siempre atribuyendo este estatus a los agentes encubiertos como una forma más de garantizar su seguridad, de ahí que se proponga incluir esta referencia.

En cuanto a la utilización de las informaciones obtenidas en otros procesos, el art. 508 ALECrím impide utilizar en otra investigación o procedimiento la información que hubiere podido obtener un agente encubierto cuando se refiera a un delito para el que no hubiera podido autorizarse su actuación. Si bien el principio de proporcionalidad debe jugar como límite a la hora de utilizar la información que el agente encubierto pudiera obtener referida a otros delitos, el



criterio que debe regir para valorar la aplicación del principio de proporcionalidad debe ser el de la gravedad del delito, que no va a coincidir siempre con la previsión establecida por el legislador para permitir el desarrollo de investigaciones encubiertas. De esta manera, por ejemplo, carecería de sentido no poder utilizar la información que el agente encubierto pudiera haber obtenido acerca de un delito especialmente grave, como un asesinato o una agresión sexual, por el simple hecho de que tales delitos no se hayan cometido en el seno de una organización criminal, que es a lo que conduciría la redacción actual. Por ello, se propone cambiar la referencia actualmente prevista por una que aluda a la gravedad del delito.

**§ 90.** El **Capítulo III** (arts. 509 a 513) lleva por rúbrica «investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación». Aun cuando el Anteproyecto evita el empleo de la expresión *agente encubierto informático*, la verdadera naturaleza de esta medida se refleja en el uso de la expresión *agente encubierto* en el apartado 2 del art. 509 ALECrím en el que se establece que «solo podrán actuar como agentes encubiertos los funcionarios de la Policía Judicial».

La regulación de la investigación encubierta en canales cerrados de comunicación que efectúa el Anteproyecto adolece de la misma deficiencia que la regulación de su inmediato antecedente, el agente encubierto informático actualmente previsto en el apartado 6 del art. 282 *bis* LECrím tras la reforma operada por LO 13/2015, esto es, la ausencia de una definición legal de lo que ha de ser entendido como canal cerrado de comunicación.

Así, el prelegislador en la exposición de motivos del Anteproyecto se limita a aclarar, en relación con esta medida, que estas investigaciones consisten en la utilización de una identidad supuesta «para acceder a comunicaciones mantenidas en dichos canales y, excepcionalmente, en la grabación y obtención de imágenes de las comunicaciones entre el agente encubierto y la



persona investigada», pero nada más se dice en relación con lo que ha de entenderse por canal cerrado de comunicación ni tampoco en el desarrollo normativo que se realiza en el Capítulo III del Título VII de esta medida.

Se trata de una deficiencia que puede dar lugar a situaciones de clara inseguridad jurídica en el desarrollo de la actividad del agente infiltrado en la red, dado que tal actividad, según establece la ley, solo requerirá autorización judicial cuando sea preciso acceder a canales cerrados de comunicación.

Efectivamente, en el ejercicio de las labores de investigación que le competen, el nivel de infiltración del agente puede ser de distinta intensidad. Ningunas dudas plantean los supuestos de *ciberpatrullaje*, respecto de los cuales se ha pronunciado abundante jurisprudencia afirmando que se trata de una actuación perfectamente válida cuya realización se apoya actualmente en lo dispuesto en el art. 11 de la LO 2/196, de 13 de marzo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, y el art. 282 LECrim, sin requerir autorización judicial. Sin embargo, con cierta frecuencia, en el transcurso de esta investigación se producen contactos entre el agente infiltrado y usuarios de la red sobre los que existen sospechas de su intervención en la actividad delictiva investigada, y es aquí donde pueden plantearse dudas sobre el alcance y extensión de estos contactos y la determinación del límite fronterizo a partir del cual el agente infiltrado ha de contar con la cobertura legal necesaria para dar validez a su actuación en atención a los derechos fundamentales que puedan verse afectados.

La fijación de los parámetros que definen lo que ha de ser considerado «canal cerrado de comunicación» resulta en este sentido trascendental. Al respecto, la doctrina se decanta por entender que el concepto de *canal cerrado* se ha de determinar en atención a su relación con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En relación con ello, la STS 249/2018 afirma que un canal cerrado se caracteriza «por la expresa voluntad del comunicante de excluir a terceros del proceso de comunicación». Al respecto ha de tomarse en



consideración que si hay algo que caracteriza el entorno digital donde se desenvuelve la actuación del agente infiltrado virtual —internet— es precisamente el hecho de que es un medio en el que, de forma generalizada, los usuarios se desenvuelven y actúan desde el anonimato. Es esta y no otra la razón por la que la investigación anónima, o bajo nombre supuesto, del agente infiltrado en la red tiene distinto alcance que la del agente encubierto en sentido estricto, de forma que la cobertura legal para actuar como agente encubierto en la red solo resulta necesaria para el mantenimiento de comunicaciones en canales cerrados de comunicación, porque en esas circunstancias cuando el engaño sobre la verdadera identidad del agente infiltrado juega un papel determinante para el acceso a dicho canal.

La delimitación de lo que es *canal cerrado de comunicación* habría de efectuarse partiendo de estos parámetros, de forma que queden fuera del tal concepto aquellos canales de comunicación que, sin estar propiamente abiertos, permiten el acceso a cualquier usuario sin más condiciones para ello que el mero registro de los mismos, ya sea con sus verdaderos datos de identidad, ya sea bajo nombres supuestos. Es decir, aquellos en los que es indiferente quien sea realmente la persona que accede al espacio virtual de que se trate.

El permiso para navegar bajo identidad supuesta por canales o foros abiertos sin autorización aparece fundamentado en sentencias como la STS 767/2007, de 3 de octubre, que considera que el uso del *nickname* falso se llevó a efecto en espacios públicos y en funciones generales de prevención de la delincuencia, algo que el tribunal considera que se ajusta a los parámetros ordinarios que rigen en la actividad que se desarrolla habitualmente en la red, ya que es generalmente asumido que un número importante de usuarios interactúa bajo identidades falsas por lo que la confianza del resto de usuarios no se vería defraudada por que el policía oculte su verdadera identidad.



En cuanto a su ámbito de aplicación, las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación tienen un marco de actuación similar al establecido para la interceptación de las comunicaciones, que encuentra su razón de ser —según aclara el propio prelegislador en la exposición de motivos— en el *evidente parentesco* que existe entre ambas figuras, determinado por la forma en que ambas medidas se ejecutan y la afcción al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, además de a los derechos a intimidad y la protección de datos personales, que llevan aparejada. De ahí que, por remisión expresa del art. 509 al art. 355 ALECrim, la investigación encubierta en canales cerrados de comunicación es factible en relación con los siguientes delitos: a) delitos dolosos castigados con pena igual o superior a tres años de prisión; b) delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo, de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de la misma; y c) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación.

La inclusión en el apartado c) de todos los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación —siguiendo la estela de la actual regulación en la que por remisión expresa del apartado 6 del art. 282 *bis* al art. 588 *ter* a) LECrim también se prevé su aplicación a los *delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación*— resulta muy acertada. En tal sentido, no puede obviarse que determinadas conductas delictivas cometidas en la red tan solo pueden ser investigadas mediante la infiltración del agente policial en el canal de comunicación donde se están



materializando estos comportamientos. Es por ello que, en aras a evitar la impunidad de estas conductas, esta previsión parece absolutamente necesaria pues, siempre y cuando concurren los principios recogidos en el actual art. 588 *bis* a) LECrim (art. 6 ALECrím), posibilitará que se autorice judicialmente la actuación encubierta en canales cerrados de comunicación para la investigación de las mismas. Es evidente que la sujeción a los principios recogidos en los artículos anteriormente mencionados va a limitar la aplicación de esta medida de investigación a aquellos supuestos que por su gravedad justifiquen su adopción en la consideración del juez habilitante.

En relación con este último punto, llama la atención que en la letra d) del apartado 2 del art. 6 ALECrím no se refiera al *ámbito tecnológico de producción del delito* como uno de los parámetros a valorar por el juez de garantías en la ponderación de los intereses en conflicto, a diferencia de lo que al respecto se prevé en el actual apartado 5 del art. 588 *bis* a) LECrim en el que, acertadamente, se establece expresamente que este factor es uno de los criterios a tomar en consideración en dicha labor de ponderación. Nuevamente hemos de insistir en la especial naturaleza de los delitos cometidos en red y, más concretamente, en la circunstancia de que el desarrollo del delito en el ciberespacio determina que en muchos casos la única forma de llevar a cabo su investigación sea, precisamente, la utilización de la medida de investigación encubierta. Por esta razón, la utilización del medio tecnológico para la ejecución del delito debería ser un elemento que, como ocurre actualmente, haya de ser tomado en consideración por juez de garantías, siempre ponderando la proporcionalidad de la medida en relación con del derecho fundamental sacrificado con su adopción.

La medida de investigación encubierta en canales cerrados de comunicación se refiere a la actuación infiltrada de un funcionario de policía judicial, debidamente autorizado, a solicitud del fiscal, por el juez de garantías para la investigación del delito, autorización judicial de la medida que se considera en



este caso justificada dada la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones. Ello en tanto en cuanto se trata de actuaciones de infiltración realizadas en entornos totalmente diferentes —físico y virtual respectivamente— que exigen medidas y garantías igualmente distintas. Desde luego, si hay algo que caracteriza el entorno digital donde se desenvuelve el agente infiltrado virtual es precisamente el hecho de que en él los usuarios, de forma generalizada, se desenvuelven y actúan desde el anonimato, razón por la cual la cobertura que precisa el agente infiltrado tiene distinto alcance que la que requiere el agente encubierto físico, de forma que solo se precisa autorización judicial para la actuación encubierta virtual cuando se concreta o materializa en canales cerrados de comunicación en la medida en que el acceso a los mismos sí que viene condicionado por el uso de una identidad supuesta que induce a engaño a aquel que tiene la facultad de permitir o impedir dicho acceso.

El apartado 2 del art. 509 ALECrím se limita a establecer que para su ejecución solo podrán actuar como agentes encubiertos los funcionarios de policía judicial, previsión que deja sin resolver muchas de las cuestiones que se han ido suscitando en la aplicación práctica de esta medida de investigación.

Efectivamente, se echa en falta una previsión legislativa específica que desarrolle la actuación encubierta *online* partiendo de las peculiaridades que caracterizan el medio en el que se desarrolla su actividad investigadora.

En primer lugar, en esta clase de investigaciones con frecuencia resulta necesario extender la autorización para el uso de una misma identidad supuesta a varios agentes. Ello es debido a que la actividad investigadora desarrollada en este medio, dado el carácter transnacional de este tipo de delincuencia, suele desplegarse de forma continuada en el tiempo, sin sujeción a husos horarios concretos, circunstancia que requiere una permanente presencia en la red del agente infiltrado.



Por otro lado, la práctica ha demostrado la relevancia que puede llegar a revestir en el ejercicio de la investigación encubierta la asistencia de colaboradores o equipos de apoyo. El agente encubierto virtual, dado el medio en que desarrolla su labor investigadora y la ausencia de límites territoriales que caracteriza internet, ha de contar con frecuencia con la ayuda de expertos informáticos, traductores, personal de apoyo administrativo, etc. No es extraño, por ejemplo, que para evitar que se descubra la infiltración el contacto se tenga que realizar utilizando un dialecto o la jerga característica de grupos o colectivos determinados. Es por ello que resulta conveniente que se reconozca y regule legalmente esta labor de apoyo, previendo la posibilidad de que, cuando la misma resulte necesaria —especialmente si alguno de los miembros del equipo de apoyo se ve en la necesidad de interactuar con el investigado— la autorización judicial contemple esta posibilidad sometiéndola al control del agente encubierto *online*, de tal forma que el que así actúa lo haga como su mero instrumento de comunicación.

Otra cuestión de máximo interés que no aborda el prelegislador ni tampoco se encuentra prevista en la legislación actual es aquella que en la práctica se plantea con mucha frecuencia, referida al uso por parte del agente policial a cargo de la investigación de las claves de usuario y contraseña utilizadas por el investigado para acceder al canal cerrado de comunicación, ya sea con la anuencia del propio investigado —que en ocasiones se presta a colaborar interactuando en dicho canal bajo el control policial—, ya con la correspondiente autorización judicial cuando dichas claves son conocidas en el curso de la investigación. Sin desconocer que tal actividad no se corresponde con la actividad de un agente encubierto, no deja de ser una medida de investigación encubierta que convendría regular específicamente.

Llama igualmente la atención que el prelegislador no establezca expresamente una cláusula de exención de responsabilidad respecto de las actividades de carácter ilícito que el agente infiltrado en la red se ve en la necesidad de



realizar, evidentemente con la correspondiente autorización judicial, en el ejercicio de la investigación encubierta. Así, a diferencia de lo expresamente previsto en relación con el agente encubierto en sentido estricto en el art. 506.2 ALECrím, la exención de responsabilidad ha de darse por sobreentendida dadas las menciones que respectivamente hacen los arts. 509.4 y 511.1.d) ALECrím a la posibilidad de que el agente encubierto en la red pueda intercambiar o enviar archivos ilícitos por su contenido, conductas que en sí mismas serían constitutivas de delito de no mediar autorización judicial para ello.

No obstante, se estima que la previsión específica de la posibilidad de que el agente encubierto informático pueda, con autorización judicial, intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y la regulación de las circunstancias y condiciones en que ha de autorizarse esta medida, resulta absolutamente necesaria por diversas razones.

En primer lugar, porque la previsión genérica recogida en el art. 509.4 ALECrím conforme a la cual la actividad consistente en intercambiar o enviar archivos ilícitos por el agente encubierto no tiene la consideración de instigación, promoción o provocación del delito, resulta notoriamente insuficiente e imprecisa si no va acompañada de un precepto legal que establezca las condiciones y garantías que han de rodear la adopción de una medida de esta naturaleza. Efectivamente, la redacción de este apartado puede llevar a la incorrecta interpretación de que, si la voluntad de delinquir del investigado viene determinada por la introducción o envío de un archivo ilícito por parte del agente encubierto informático, tal actividad no supondría provocación al delito.

Las consecuencias que pueden derivar de la introducción de archivos ilícitos por parte del agente infiltrado exige la previsión legal expresa de esa medida —como así lo hace el vigente apartado 6 del art. 282 *bis* LECrím— que disponga asimismo que la procedencia de esta actividad, en sí misma ilícita, ha



de ser autorizada por el juez de garantías de forma individualizada, independiente de la autorización judicial para llevar a cabo la investigación encubierta en canal cerrado de comunicación, aunque no necesariamente en distinta resolución judicial, en la que se habrán de especificar las condiciones, alcance y requisitos que han de acompañar el intercambio o envío de archivos ilícitos.

La resolución judicial habilitante ha de tomar en consideración que la incorporación a la red de archivos de contenido ilícito puede determinar la puesta en riesgo de otros bienes jurídicos necesitados de protección, así como el riesgo de provocación delictiva que debe ser adecuadamente conjurado. Por ello, es necesario que en la misma se concrete la clase de archivo que se pretende introducir o intercambiar y el destino que se le da, valorando igualmente la posible pérdida de control de su recorrido en la red y, en su caso, la posibilidad o no de su posterior recuperación.

Desde luego, la naturaleza del medio en que se introducen estos archivos ilícitos exige que la puesta en práctica de esta medida se lleve a cabo con todas las precauciones y sujeta a estrictas limitaciones, adoptando adecuadas medidas de control que permitan delimitar que actividades delictivas, de las realizadas en el canal cerrado donde se introduce el contenido ilícito, están relacionadas el mismo y cuáles se desarrollan con independencia del contenido ilícito introducido, si bien su investigación se ha visto posibilitada porque con la introducción del tal archivo ha sido factible el acceso al foro o canal donde tales actividades se desarrollan. En relación con ello, la experiencia demuestra que en la mayoría de las ocasiones la necesidad de introducir archivos de esta naturaleza constituye una condición ineludible para penetrar en el canal cerrado donde se desarrolla el núcleo de la actividad delictiva, de forma que quien controla o administra el acceso a este espacio virtual supedita la admisión del agente a la aportación por su parte de archivos de carácter ilícito que demuestren su sintonía con la actividad ilícita investigada.



Otra cuestión que debe ser puesta de relieve es la que se refiere a la identificación de los archivos ilícitos introducidos por el agente. Al respecto parece conveniente que el Anteproyecto, de forma expresa, exija que antes de la ejecución de esta medida se proceda a la adecuada identificación de los archivos que se introduzcan en la red. En realidad, esta es una condición ineludible, no solo para que pueda hacerse el seguimiento del archivo ilícito, sino también para que el juez pueda valorar, de acuerdo con criterios de proporcionalidad, la oportunidad o no de la medida.

A fin de evitar los problemas interpretativos derivados de la forma en que tal exigencia se encuentra recogida en el inciso segundo del apartado 6 del art. 282 *bis* LECrim, en la futura regulación podría adoptarse otra redacción, como podría ser el establecimiento de que tales archivos hayan de ser identificados mediante *hash* o por cualquier otro medio que a tal fin proporcionen las nuevas tecnologías, conjurando de esta manera cualquier sospecha o riesgo de provocación al delito que pudiera derivarse de su introducción en la red.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que una adecuada identificación de los archivos ilícitos introducidos o enviados por el agente encubierto para el desarrollo de su actividad va a permitir, en muchos casos, que se puedan determinar los equipos que han accedido a los mismos y rastrear los usuarios que han estado interesados en su descarga, minimizando con ello, en cierta medida, los efectos adversos determinados por la forma en que por lo general se desarrolla la actividad en el ciberespacio, ya que una vez introducidos los archivos en la red pueden ser transferidos nuevamente por los investigados impidiendo el control final sobre su destino.

No cabe duda de que la compartición de archivos por los terceros receptores de los mismos supone que el agente pierde el control efectivo sobre el mismo. La difusión de este material puede llegar a multiplicarse de forma exponencial alcanzando a un número indeterminado de personas que no están controladas



por los agentes encargados de la investigación. Por esta razón, cualquier autorización de introducción o intercambio de archivos ha de ponderar esta circunstancia en la determinación de la proporcionalidad de la medida.

Por otro lado, en cuanto a la regulación del contenido de la solicitud del Ministerio Fiscal (art. 510 ALECrím), debe tenerse en cuenta que de ordinario el uso del agente encubierto informático se refiere a investigaciones de actividades delictivas que se cometen por varias personas, como el intercambio de archivos pedófilos en un grupo a través de *Gigatribe* y, por tanto, debe contemplarse en el precepto tal posibilidad. Sobre la forma de la ejecución [apartado 2.e) art. 510], se propone que comprenda la solicitud de autorización para intercambiar o enviar archivos ilícitos por su contenido, con las condiciones y en los supuestos en que sea necesario en los términos antes expresados y que la autorización se extienda a la grabación y obtención de imágenes de las comunicaciones entre el agente encubierto y la persona investigada, cuando antes de su puesta en práctica se evidencia su necesidad, de modo que se eviten continuas y reiteradas solicitudes al fiscal por parte de la unidad de la policía judicial que se haga cargo de la investigación para que, a su vez, solicite la autorización del juez de garantías.

En cuanto a la resolución judicial (art. 511 ALECrím), se valora positivamente aunque se hacen las siguientes observaciones:

- i) En relación con el apartado c), debe tenerse en cuenta que de ordinario la persona investigada utiliza más de un canal cerrado de comunicación y más de una identidad, siempre supuesta, por lo que debería contemplarse en plural.
- ii) Frente a la regulación del agente encubierto, en el apartado 1.f) solo se prevé una prórroga por un plazo igual de seis meses si se mantienen las condiciones que determinaron su adopción, sin que resulte justificada la limitación de acordar prórrogas sucesivas por iguales periodos, en función de



las circunstancias del caso, cuando concurren los presupuestos necesarios para la prórroga.

iii) El párrafo segundo del apartado 2, además de no obedecer al contenido del precepto, es redundante con las exigencias comprendidas en el artículo anterior por lo que se propone su supresión o su ubicación en el art. 510 ALECrím.

De acuerdo con el art. 584 ALECrím, el juez de garantías debe resolver en el plazo de 24 horas, lo que se valora positivamente y concuerda con el plazo de 24 horas establecido en el vigente art. 588 *bis c)* 1 LECrím para la adopción de medidas de investigación reguladas en el Capítulo IV del Título VIII (medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE), si bien puede ser demasiado breve en determinados casos, previendo el art. 588 *bis c)* 2 LECrím la interrupción del plazo cuando el juez requiera una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud.

En relación con el desarrollo de la investigación (art. 513) reiteramos las observaciones realizadas al art. 510 ALECrím, mostrando asimismo nuestra disconformidad con la obligación del fiscal director de la investigación de informar al juez de garantías, en la forma que el mismo disponga, sobre el desarrollo y los resultados de la medida, habida cuenta de que una vez autorizada por el juez no resulta justificado en modo alguno informar durante el curso de la investigación sobre el desarrollo de la misma, control del desarrollo de la investigación que solo corresponde al fiscal director de la misma, que deberá ser informado en la forma que disponga por la unidad policial encargada. Se trata de una función ajena a las que deben corresponder al juez de garantías, ni siquiera comprendida en el Título V del Libro III que aborda la regulación de «el control judicial de la actividad investigadora» y, por consiguiente, se interesa su supresión.



**§ 91.** El **Título VIII** del Libro III lleva por rúbrica «los medios de investigación basados en datos protegidos» (arts. 514 a 520). Son tres, básicamente, las cuestiones que merecen una especial atención.

La reciente publicación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, obliga a revisar su incidencia en el Anteproyecto.

Así, debiera modificarse el apartado XLVIII de la propia exposición de motivos, corrigiendo la mención que se hace a la Ley de Protección de datos, para hacer referencia a la LO 7/2021, y a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.

En primer lugar, respecto al descubrimiento y comprobación del hecho investigado o la identidad del autor, se recogen cuatro modos de investigación basados en la obtención de datos personales:

- i) Obtención de datos por medio de fuentes abiertas de información. Se encuentra habilitada la policial judicial por sí, o por orden del Ministerio Fiscal, salvo que esta actuación se realice de forma sistemática y continuada, en cuyo caso se requiere autorización del juez de garantías (art. 514 ALECrím).
- ii) Obtención de datos personales contenidos en ficheros públicos o privados. El Ministerio Fiscal puede reclamarlos, con la motivación exigida en el precepto, salvo que para ello expresamente se requiera autorización judicial.



En cuanto a los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas, se establece que, en defecto de consentimiento, se estará a lo dispuesto en el Anteproyecto para el registro de documentos ordenadores y dispositivos (art. 515 ALECrim).

La identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad podría llevarse a cabo mediante este precepto, pero este medio de investigación se regula expresamente en el art. 371, que limita esta diligencia a los delitos que enumera el art. 355 ALECrim.

El Anteproyecto recoge diversos medios de investigación de obtención de datos de ficheros públicos o privados que precisan autorización judicial: la incorporación al proceso de datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación (art. 368), la identificación mediante la localización en base a una *IP* (art. 369), la localización de la persona investigada o sus movimientos (art. 397.2) y la de acceso a la historia clínica (art. 491).

Se considera pertinente completar la regulación con una mención a la LO 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*. En particular a los arts. 4 y 7 que conciben al Ministerio Fiscal como autoridad competente (art. 4) y establecen la obligación de cualquier persona física o jurídica de proporcionar al Ministerio Fiscal los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas (art. 7.1), sin perjuicio de pedir autorización judicial cuando legalmente sea exigible para recabar los datos (arts. 7.3 LO 7/21 y 236 *ter* LOPJ).



Por tanto, la facultad que el art. 515 otorga al Ministerio Fiscal tiene un carácter residual, dado que las diligencias de investigación más habituales, basadas en el acceso o cesión de datos personales obrantes en ficheros, ya son recogidas en otros preceptos, por lo que este artículo obra a modo de habilitación general de acceso a ficheros a los que en la actualidad dispone de esa legitimación (SIRAJ, Servicios del Punto Neutro Judicial, ADEXTTRA, Fichero de Titularidades Financieras, etc.).

iii) Cruce automatizado de datos disponibles sobre la persona investigada con otros datos de la misma obrantes en otras bases de datos de titularidad pública o privada. Este medio de investigación precisa de la autorización judicial a instancia del fiscal y únicamente cuando se cumplan determinados requisitos: fundados indicios, necesidad de la práctica de esta diligencia, delito con pena superior a tres años (art. 516 ALECrím).

iv) Búsquedas selectivas a partir de rasgos distintivos. Esta diligencia de investigación consiste en el cruce mediante sistemas automatizados de datos obrantes en ficheros públicos y privados, a fin de comparar datos personales de múltiples sujetos que, en su mayoría, pueden ser completamente ajenos a los hechos, con la finalidad de encontrar a la persona que debe ser investigada. También se requiere autorización judicial previa, a instancia del Ministerio Fiscal, y está restringido a que los delitos tengan pena superior a tres años y siempre que la información que se pretenda obtener no se pudiera conseguir por un medio menos gravoso (art. 517 ALECrím).

En relación a los mencionados medios de investigación se ha de señalar que si bien la Directiva 2016/680<sup>1</sup> (en adelante la Directiva) no impide que, en las

---

<sup>1</sup> Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, la cual debiera haber sido traspuesta al derecho interno antes del 6 de mayo de 2018.



normas nacionales relativas a los procesos penales, los Estados miembros especifiquen operaciones y procedimientos de tratamiento relativos al tratamiento de datos personales por parte de tribunales y otras autoridades judiciales (Considerando 20), no obstante, a los efectos de la misma el Ministerio Fiscal se equipara a las autoridades judiciales (Considerando 80) y es «autoridad competente»<sup>2</sup> dadas las funciones constitucionales y estatutarias<sup>3</sup> que específicamente tiene atribuidas en el ámbito penal, debiendo tenerse en cuenta, además, que el derecho a la protección de datos personales, a diferencia del derecho a la intimidad, tiene un distinto alcance y protección ya que no se basa en una prohibición general de injerencia sino, fundamentalmente, en la existencia de una base legal legitimadora del tratamiento.

Por todo ello, resulta cuestionable que el prelegislador requiera autorización judicial para actuaciones de investigación (basadas en operaciones de tratamiento de datos personales, tales como el acceso y el cotejo) respecto de las cuales bastaría con que lo dispusiese el Ministerio Fiscal cumpliendo los principios de necesidad, proporcionalidad y motivación, teniendo en cuenta, además, que el posterior destino de los datos obtenidos no estarían desprovistos de garantías judiciales ya que estos, en términos generales, tendrán como finalidad recabar información suficiente para que el/la fiscal pueda fundamentar la petición ante la autoridad judicial de medidas de investigación, en este caso sí, limitativas de derechos fundamentales distintos al de protección de datos personales y cuando, tal como dispone el art. 520.1,

---

<sup>2</sup> Art. 3.7 de la Directiva: «toda autoridad pública competente para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a amenazas para la seguridad pública».

<sup>3</sup> Al Ministerio Fiscal le corresponde, entre otras funciones, ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos u oponerse, cuando proceda, a las ejercitadas por otros; intervenir en los procesos penales; ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas; promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes; tratados y convenios internacionales y llevar a cabo diligencias de investigación (arts. 3.4, 3.5, 3.15 y 5 EOMF).



los datos obtenidos a través de esas diligencias solo tendrán efectos como fuentes de investigación ya que, con posterioridad, habrán de ser recogidos por alguno de los medios de prueba. En definitiva, tanto por la configuración constitucional del Ministerio Fiscal en cuanto garante de los derechos fundamentales y las libertades públicas, como por su consideración como autoridad competente para el tratamiento de datos, tanto en la Directiva 2016/680, como en la LO 7/2021, y para garantizar la mayor eficacia de su acción investigadora, resulta imprescindible que se le reconozca el mayor margen posible, constitucional y legalmente, en el tratamiento de datos personales.

Por otro lado, aun rechazando, tal como se acaba de exponer, la necesidad de autorización por parte del juez de garantías, se considera excesivo el requisito que se impone en el apartado 1.a) del art. 516 ALECrím de que «existan indicios basados en datos objetivos sobre la participación del investigado en los hechos objeto de investigación», para que se pueda conceder la autorización judicial para la diligencia de investigación de cruce automatizado de datos, ya que dicha diligencia devendría innecesaria si, efectiva y previamente, existieran varios indicios, basados en datos objetivos, de la participación del investigado en los hechos.

En segundo lugar, respecto al ejercicio de los derechos relativos a la protección de datos en el marco de los procesos penales, se ha de señalar que el Anteproyecto:

i) No recoge todas las categorías de interesados, ya que el art. 518 solo hace referencia a los derechos de los afectados por la práctica de las diligencias recogidas en los arts. 514 a 517, no incluyendo, por tanto, a los investigados que no hayan sido objeto de las mismas ni a las víctimas, testigos y personas condenadas.



ii) No recoge todos los derechos de los que los interesados son titulares según la Directiva. Únicamente se recogen los derechos de información, acceso y rectificación, no incluyendo los de supresión ni el de limitación a su tratamiento.

iii) No establece todas las limitaciones al ejercicio de estos derechos que recoge la Directiva como son: a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales; b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales; c) proteger la seguridad pública; d) proteger la seguridad nacional; y e) proteger los derechos y libertades de otras personas.

Respecto del art. 517 ALECrim, relativo a las búsquedas selectivas a partir de criterios distintivos, cabe señalar que dicha diligencia —para la que, en opinión del Consejo Fiscal, debe tener competencia directa y propia el Ministerio Fiscal, sin intervención judicial, como antes se ha señalado— requeriría autorización judicial en caso de que los datos se encontrasen almacenados en archivos correspondientes distintos de los ficheros policiales, cuando también deben quedar fuera de dicha exigencia los ficheros con los que cuenta la administración de justicia.

En definitiva, el Ministerio Fiscal, y la policía judicial bajo sus órdenes, debería poder recabar, y cotejar, datos personales obrantes en ficheros de titularidad pública o privada sin necesidad de autorización judicial, siempre y cuando no afectasen a derechos fundamentales vinculados al derecho a la intimidad (intimidad personal y familiar, propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones), no comprendiéndose la razón por la que el Ministerio Fiscal, sin necesidad de autorización judicial, no puede utilizar sistemas automatizados para cotejar datos (arts. 516 y 517) respecto de ficheros a los que actualmente tiene acceso, tales como:



- El Sistema de Información, Control y Consultas (SICC) del Ministerio Fiscal.
- El SIRAJ (regulado en el RD 95/2009, de 6 de febrero, *por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia*, y que agrupa el Registro Central de Penados, el de Medidas Cautelares y Requisitorias, el de Víctimas de violencia doméstica y de género, y el de Sentencias penales de menores).
- El Registro Central de delincuentes sexuales (regulado en el RD 1110/2015, de 11 de diciembre).
- Los Servicios Punto Neutro Judicial (PNJ), plataforma de Servicios que permite acceder a un conjunto de servicios de diferentes organismos, entre los que se encuentran los siguientes: 1) Catastro: datos catastrales, 2) INE: domicilio padronal, 3) Policía: consulta DNI, 4) AEAT: consulta múltiple, 5) SEPE: prestaciones por desempleo, 6) DGT: consulta vehículos y consulta de conductores.
- El Registro Civil.
- ADEXTTRA, con el fin de acceder a la información relativa a la situación administrativa de los extranjeros en España y trámites relacionados con la residencia a los fines de aplicación del art. 89 del CP.
- Fichero de Titularidades Financieras.
- Colegio de Registradores, por medio de la cual se permite la solicitud online, al Registro Mercantil y al Registro de la Propiedad, de notas simples o notas informativas y de notas por localización, facilitando, estas últimas, información sobre la provincia y municipio donde una determinada persona tiene bienes o derechos inscritos.
- Registro Público Concursal.
- Índice Único Informatizado Notarial.

En tercer lugar, el Anteproyecto debe entenderse, sin perjuicio de otras disposiciones, como una de las normas de trasposición de la Directiva. Pese a ello, son múltiples las cuestiones relevantes que se omiten, así y entre otras:



- i) La identificación de las distintas categorías de interesados y de las distintas categorías de datos personales para los fines incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma, los objetivos y finalidades de mismo, así como los plazos y procedimientos específicos para la supresión y revisión periódica de los mismos.
- ii) La plasmación normativa del principio de minimización del tratamiento de categorías especiales de datos personales.
- iii) La prohibición de mecanismos de decisiones basadas únicamente en tratamientos automatizados y, en caso de autorización de las mismas, las medidas para salvaguardar los derechos y libertades de los interesados.

En relación a las cuestiones que se recogen en los dos últimos apartados, cabe concluir que el Anteproyecto no traspone adecuadamente la Directiva 2016/680.

En cuanto al art. 518 y la visión de la LECrim como norma de transposición de la Directiva 2016/680, del Parlamento y del Consejo, resulta necesario revisar el texto del artículo a la vista de la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. En concreto, los arts. 20 y siguientes, que regulan los «derechos de las personas», especialmente el art. 26 relativo a tales derechos en el ámbito de investigaciones y procesos penales. Parece que la referencia a la LO 3/2018 es incorrecta.

A este respecto, se ha de tener en cuenta que el contenido del ALECRim (aunque se haya publicado la LO 7/2021) se ha de acomodar a lo dispuesto en la Directiva, ya que esta constituye parte de la reforma en el régimen de protección de datos personales en el ámbito de la Unión Europea, y



complementa el régimen general del RGPD para aquellos tratamientos realizados por las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.

Prueba de la necesidad de específica regulación en el ALECrím, es que la LO 7/2021, en su art. 20.1, dispone que «el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar al interesado el ejercicio de sus derechos a los que se refieren los artículos 14 y 22 a 26».

A su vez en el art. 26.2 se establece que «cuando los datos sean objeto de un tratamiento con fines jurisdiccionales del que sea responsable un órgano del orden jurisdiccional penal, o el Ministerio Fiscal, el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, supresión y limitación del tratamiento se realizará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, en las normas procesales y en su caso, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

De igual modo, el nuevo art. 236 *septies* 1º LOPJ dispone que, en relación con el tratamiento de los datos personales con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación al proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante los órganos judiciales, fiscalías u oficina judicial en los que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

En consecuencia, aunque se haya promulgado la LO 7/2021 el legislador debería incorporar en el Anteproyecto (en este caso en el art. 518) la regulación del ejercicio de los derechos por parte de los interesados,



atendiendo a los criterios marcados por la Directiva 2016/680 ya que, en caso contrario, quedarían sin previsión específica.

Solo en defecto de regulación en las normas procesales se aplicaría la LO 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales* (art. 26.3).

De igual modo, el Anteproyecto debiera regular la tramitación y respuesta a las reclamaciones presentadas por un interesado o por asociaciones, organizaciones y entidades que tengan capacidad procesal o legitimación para defender intereses colectivos, ya que así se establece en el nuevo art. 236 *octies* 1 e) LOPJ, cuando dice que estas se llevarán a cabo «en los términos que determinen las leyes de aplicación al proceso en que los datos fueron recabados».

Por otro lado, en relación al ejercicio de los derechos de protección de datos que se recogen en otros preceptos del Anteproyecto, la regulación también resulta insuficiente, así:

- Respecto de los datos recogidos mediante sistemas telemáticos de localización, se establece que los derechos de acceso, rectificación, supresión y portabilidad de los datos personales, así como la limitación y oposición a su tratamiento, se ejercerán en los términos establecidos por su legislación reguladora ante el responsable de los datos (art. 221.7), cuando estas previsiones debieran incluirse en el Anteproyecto por tratarse de datos jurisdiccionales, ya que las finalidades de su recogida (asegurar la presencia de la persona encausada o para la protección de la víctima o de terceras personas) tienen esa naturaleza (art. 221.1), debiendo tenerse en cuenta que, al requerirse autorización judicial para la adopción de dicha medida, el responsable del tratamiento sería el órgano judicial.



- Respecto de las garantías e información a las personas que faciliten muestras biológicas para la realización de un análisis genético encaminado a obtener los marcadores de ADN se dispone, en el art. 337.1.e), que deberán ser informadas de los derechos que les asisten en relación con el tratamiento y la cancelación de dichos datos e informaciones, pero sin llegar a especificarse cuales son y en qué consisten.

En el art. 518.2 ALECrím se dispone que «con el fin de garantizar su integridad y fiabilidad, el responsable de tratamiento de los datos debe establecer un sistema de control sobre el acceso a los equipos y dispositivos utilizados para el tratamiento y transmisión de la información y debe confeccionar, a tal efecto, un registro de actividades que incluirá la finalidad del tratamiento, los datos tratados, su relevancia para la investigación y la extensión del tratamiento. Dicho registro incluirá los medios y medidas adoptados antes y durante el tratamiento de los datos».

En este artículo se realiza una confusa mezcla entre registro de actividades de tratamiento, medidas de seguridad y registro de operaciones. En este sentido basta apuntar lo siguiente:

a) Los registros de actividades de tratamiento no se han establecido en la normativa de protección de datos para controlar el acceso a los equipos y dispositivos, sino para demostrar que se cumple lo dispuesto en la misma, por lo que los responsables y encargados deberán mantener registros relativos a todas las categorías de actividades de tratamiento que se lleven a cabo bajo su responsabilidad en los que se han de incluir la información que se recoge en el art. 24 de la Directiva 2016/680.

b) En el art. 518.2 ALECrím no solo no se especifica a qué responsable de tratamiento se refiere (puede ser el Ministerio Fiscal, el juez de garantías o incluso el letrado de la Administración de justicia), sino que se omite que el



Ministerio Fiscal (al igual que los órganos judiciales) es, básicamente, un mero usuario de los servicios que prestan las administraciones competentes (Ministerio de Justicia y las CCAA) en materia de justicia, como encargadas de tratamiento. Por tanto, sería preciso que el Anteproyecto hiciera referencia a las obligaciones que, en materia de seguridad, corresponden a los encargados de tratamiento.

c) Aunque la finalidad última es incrementar el nivel de seguridad del tratamiento, se ha de distinguir, por un lado, lo que es la aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo (art. 29) y, por otro, lo que son los registros de operaciones en los sistemas de tratamiento automatizado que se utilizarán, únicamente, a efectos de verificar la legalidad del tratamiento, autocontrol, garantizar la integridad y la seguridad de los datos personales y en el ámbito de los procesos penales haciendo posible determinar la justificación, la fecha y la hora de tales operaciones y, en la medida de lo posible, el nombre de la persona que consultó o comunicó datos personales, así como la identidad de los destinatarios de dichos datos personales (art. 25).

Sobre el artículo 519 ALECRim deben señalarse las siguientes reflexiones:

En el art. 519 ALECRim, bajo el título «cesión de datos entre procesos penales», se regula el tratamiento cruzado de datos personales contenidos en distintos procedimientos penales, a los fines de averiguación del delito o determinación del paradero de una persona buscada en relación con el procedimiento, disponiéndose que la información obtenida a partir del tratamiento cruzado de los datos solo será utilizada en el seno de la investigación en cuestión.

En primer lugar, se considera más correcto el término «comunicación» que la expresión «cesión», no solo por ser más acorde con la actual terminología en la



materia (art. 3.2 de la Directiva), sino porque el sentido de esta última lleva implícito la comunicación por transmisión a un tercero; y debe tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado por lo que no se puede considerar como «terceros» a otras fiscalías u órganos fiscales (art. 22.1 EOMF).

Por otro lado, no compartimos la limitación que se impone respecto a que «la información obtenida a partir del tratamiento cruzado de los datos solo será utilizada en el seno de la investigación en cuestión», ya que no se observa qué inconveniente puede existir en que el resultado del correspondiente cotejo, tras el decreto que motivase dicha decisión, pudiera ser testimoniado e incorporado a otras investigaciones y cuando, a mayor abundamiento, la Directiva permite el tratamiento de los datos personales, por el mismo responsable o por otro, para los fines previstos en la misma aunque fueran diferentes de aquellos para los que inicialmente se recogieron, en la medida en que el responsable del tratamiento esté autorizado a tratar dichos datos personales para dicho fin de conformidad con el derecho de la Unión o del Estado miembro y que el tratamiento sea necesario y proporcionado para ese otro fin de conformidad con el Derecho de la Unión o del Estado miembro (art. 4.2) A su vez, art. 6.3 de la LO 7/2021 permite el tratamiento de para fines previstos en su art. 1, distintos de aquél para el que se habían recogido, también por el mismo o distinto responsable.



**ADENDA CUARTA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Libro IV. *Del procedimiento de investigación***



§ 92. El Libro IV del Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal regula el procedimiento de investigación (arts. 521 a 603) y se encuentra integrado por ocho títulos relativos a: las disposiciones generales (arts. 521 a 525), la denuncia (arts. 526 a 529), la actividad investigadora de la policía (arts. 530 a 549), el procedimiento de investigación (arts. 550 a 573), el control judicial de la actividad investigadora (arts. 574 a 585), la conclusión de la investigación (arts. 586 a 589), la reapertura de la investigación (art. 590) y el incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba (arts. 591 a 603).

§ 93. Los arts. 521 y 522 ALECrím, preceptos con los que se principia el **Título I** del Libro IV, se erigen en la piedra de toque sobre la que el prelegislador construye el diseño de la fase de investigación criminal a la que denomina *procedimiento de investigación*.

El apartado primero del art. 521 ALECrím introduce una de las principales y más destacadas novedades al atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación penal en los siguientes términos: «El Ministerio Fiscal dirige el procedimiento de investigación. En la investigación de los delitos, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad obedecerán sus órdenes e instrucciones».

La atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal se estima a todas luces acertada, pues, tal y como como se señala en la propia exposición de motivos, esta opción «viene aconsejada por la idoneidad de esta institución para combinar —en una organización flexible y racional, basada en criterios de especialidad— la sujeción imparcial a la legalidad vigente con la mayor unidad de actuación».

Como señalara la STC 41/1998, de 24 de febrero, «[e]l art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El



modelo del juez de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del autor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el Juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica 7/1988 (...) La opción entre estos, u otros modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales».

En definitiva, no puede sino concluirse que el esquema constitucional diseñado por el poder constituyente admite la posibilidad de atribuir en exclusiva la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Sin perjuicio de que dicha opción aparezca condicionada, asimismo, por la necesidad de articular mecanismos que garanticen la tutela judicial o autorización de aquellas diligencias que limiten derechos y libertades fundamentales, o para la adopción de medidas cautelares de naturaleza personal, fruto precisamente de la afectación de aquellos derechos.

Por más que la atribución de la dirección de la investigación penal al juez de instrucción haya sido respaldada por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (*vid.* SSTC 106/1989, de 8 de junio; 32/1994, de 31 de enero; o 41/1998, de 24 de febrero, entre otros), la doctrina ha puesto en duda reiteradamente la compatibilidad de dichas funciones con el diseño constitucional del Poder Judicial dibujado por el art. 117 CE. Quien instruye o investiga, ni juzga ni ejecuta lo juzgado, esencia de la potestad jurisdiccional, según el art. 117.3 CE. Consideraciones que el prelegislador asume, al afirmar en la exposición de motivos que «el ambicioso sistema de garantías procesales



que fue establecido en 1978 sólo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido en el proceso. Deb[iendo], por tanto, garantizarse que el juez siga tutelando de forma efectiva los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad».

Razones a las que deben sumarse la innegable conveniencia de implementar un modelo de investigación de signo acusatorio y naturaleza adversarial que huya del actual modelo, así como de homologar nuestro sistema procesal con el de los países de nuestro entorno cultural y geográfico. Basta para rechazar las afirmaciones de quienes dudan de las aptitudes del Ministerio Fiscal para dirigir la investigación con realizar una mirada al derecho comparado. Todo ello, sin olvidar la diligencia y escrupuloso respeto por las garantías penales que ha venido exhibiendo el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las facultades atribuidas por los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim, en las numerosísimas investigaciones extraprocesales que ha desarrollado desde hace décadas.

No obstante, debe advertirse que el análisis del Anteproyecto permite poner en duda —a pesar de la aparente claridad con la que se afirma en el art. 521.1— que el nuevo sistema procesal diseñado por el prelegislador atribuya realmente la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Numerosos preceptos del Anteproyecto permiten matizar aquella inicial afirmación, a la vista de las múltiples facultades atribuidas al juez de garantías.

A tal efecto, debe comenzar señalándose que el apartado segundo del art. 521 establece que «[e]l juez de garantías controla legalidad del procedimiento de investigación dictando las resoluciones y realizando las actuaciones que la ley le reserva expresamente».

A pesar de que el referenciado precepto emplea la locución *juez de garantías*, debe precisarse que las facultades que el prelegislador le atribuye exceden con



mucho de las que en buena lógica debieran ser atribuidas a quien se limitara a ejercer funciones de garantía. Extremo que, por lo demás, se reconoce en la exposición de motivos al afirmarse que «[d]ebe proveerse para ello a la autoridad judicial de un catálogo de potestades que excede en mucho de la sola autorización de diligencias intrusivas y de la adopción de las medidas cautelares que le sean solicitadas. El elenco de atribuciones debe abarcar igualmente el ejercicio de otras funciones esenciales como el control de la relevancia penal del hecho investigado, el de la dilación indebida del procedimiento y del secreto de las actuaciones, así como la práctica de las diligencias esenciales que hayan sido indebidamente denegadas y las de aseguramiento de las fuentes de prueba personal que estén en riesgo. (...) Se opta, por ello, por un juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones. Se ha preferido utilizar la denominación con la que suele conocerse esta figura, que constituye ya un lugar común entre teóricos y prácticos y que fue utilizada tanto en el Anteproyecto de 2011 como en la Propuesta de 2013. Se alude, por tanto, a un juez de garantías, aunque en puridad este nombre solo designa una faceta determinada de las diversas tareas que son encomendadas a la autoridad judicial».

Las facultades concedidas al «juez de garantías» —sintetizadas en el art. 521.2 mediante la atribución del control de la legalidad del procedimiento de investigación— sugieren que el prelegislador, lejos de atribuir la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, se ha limitado a atribuirle con carácter exclusivo y excluyente la dirección de la investigación policial durante la fase de investigación.

Así lo sugiere la manifiesta incompatibilidad semántica existente entre los términos *dirigir* y *controlar* pues resulta extraño que pueda denominarse director a quien se halla sometido al constante escrutinio en el desarrollo de su actividad, al extremo de precisar de continuas autorizaciones para el desarrollo de la misma. Recuérdese que, según el diccionario de la Real Academia



Española, *dirigir* consiste —en la acepción aquí manejada— en gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia empresa o pretensión. Conviene, asimismo, precisar que el término *gobernar* aparece definido como mandar con autoridad o regir algo.

Los poderes del juez de garantías exceden en este Anteproyecto, con mucho, de los atributos que resultan propios de la actividad jurisdiccional y que, según el art. 117.3 CE, se circunscriben a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Recuérdese asimismo que, según el art. 117.4 CE, «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Como se indica en el voto particular de la STC 85/2018, de 19 de julio, «en el proceso penal español, al margen de la supervivencia histórica del sistema de investigación criminal a cargo del juez de investigación, no es esta, en los términos constitucionales expresados, una manifestación genuina del ejercicio de la jurisdicción, que se circunscribe a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, incluido, obviamente, el proceso penal».

El sistema procesal que fluye con mayor naturalidad de la Constitución española es el acusatorio, razón por la que resulta lógico que la actividad del juez de garantías se circunscriba a la que su propia denominación sugiere, es decir, a la autorización de diligencias y medidas cautelares que de un modo directo limiten derechos fundamentales, así como las necesarias para tutelar los derechos y libertades fundamentales de las partes para el caso de que estas denunciaran su lesión. En palabras del Tribunal Constitucional, «en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del juez, lo mismo en la primera que en la segunda instancia» (*vid.* SSTC 147/2020, de 19 de octubre; 47/2020, de 15 de junio; 240/1988, de 19 de diciembre; o 84/1985, de 8 de julio).



Si bien es cierto que el legislador goza de amplia discrecionalidad a la hora de optar y diseñar el modelo de investigación criminal que estime más adecuado, deberá siempre tomar como horizonte la Constitución en tanto límite infranqueable. De ahí que, con arreglo al art. 117 CE, resulte razonable que en un sistema procesal acusatorio las funciones del órgano judicial durante la fase de investigación se circunscriban a las que resulten imprescindibles para garantizar los derechos y libertades fundamentales.

Adviértase, sin embargo, que tras la recomendación de aligerar al juez de garantías diseñado por el Anteproyecto de algunas de sus amplísimas facultades, no subyace la intención de rechazar que la actividad desarrollada por el Ministerio Fiscal durante la fase de investigación pueda ser sometida a fiscalización, sino sencillamente la de diseñar un modelo procesal compatible con la Constitución que, a su vez, resulte funcional, logrando de ese modo conjugar la ágil consecución de las finalidades tradicionalmente atribuidas al proceso, como vehículo a través del que lograr el esclarecimiento de los hechos criminales y su autoría, con el pleno respeto por las garantías procesales de las que resulta titular el sujeto pasivo del procedimiento.

La tutela del juez de garantías en la actividad investigadora del Ministerio Fiscal que pretende instaurar el prelegislador, lejos de ayudar a minimizar la lentitud en la tramitación de los procedimientos penales, puede contribuir a aumentarla de un modo manifiesto.

Consideraciones que hacen aconsejable limitar la intervención del juez de garantías durante la fase de investigación a aquellas actuaciones en que la intervención del órgano judicial venga impuesta por la propia Constitución o por el resto del ordenamiento jurídico en garantía de los derechos y libertades fundamentales de los justiciables, así como en relación a la adopción de medidas cautelares, difiriendo el verdadero control sobre el contenido de la



actividad investigadora desarrollada por el Ministerio Fiscal a la fase intermedia y a la de juicio oral del procedimiento.

Debe, además, recordarse que el control que pretende imponerse al Ministerio Fiscal parece ignorar las altas facultades constitucionales encomendadas al mismo pues, con arreglo al art. 124 CE, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Por ello, el Consejo Fiscal propone modificar el apartado 2 del art. 521 ALECrim en cuanto a la referencia que se realiza al «control de la legalidad» como función específica del juez de garantías. Dado que una de las principales funciones del Ministerio Fiscal es precisamente velar por la legalidad, se propone una definición del rol funcional del juez más ajustada a su propia denominación.

En consecuencia, se sugiere sustituir el tenor literal del citado precepto por el siguiente: «El juez de garantías ejerce la función de velar por la protección de los derechos fundamentales de las partes, dictando las resoluciones y realizando las actuaciones que la ley le reserva expresamente».

Recuérdese que al Ministerio Fiscal corresponde velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF). Pues, en palabras del Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal es el garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos (entre otras, *vid.* SSTC 259/2005, de 24 de octubre; 165/2005, de 20 de junio; 126/2000, de 16 de mayo; 49/1999, de 5 de abril).

Atribuciones constitucionales y legales que el prelegislador parece relegar al afirmar en la exposición de motivos del Anteproyecto que «a diferencia del



actual Juez de instrucción, el Ministerio Fiscal, en su actividad como director de la investigación, estará sujeto a la permanente vigilancia de un órgano judicial de garantías que tendrá la misión específica de evitar que se violenten los derechos que asisten al sujeto investigado».

Por todo ello, se propone trasladar al Anteproyecto, en sus líneas maestras, el sistema de investigación regulado por la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (LORPM), cuyo art. 6 regula la intervención del Ministerio Fiscal en unos términos notablemente más acertados, estableciendo —en sintonía con los arts. 124 CE, 1 y 3 EOMF— que «corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento». Por su lado, el art. 23.3 LORPM prevé que «el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones», exigiendo al fiscal recabar la autorización del juez de menores para decretar el secreto de las actuaciones (art. 24 LORPM), adoptar medidas cautelares (art. 28 LORPM) o, incluso, sometiendo la acusación del fiscal a un filtro explícito en la fase intermedia (art. 33 LORPPM).

Poderosas razones aconsejan trasladar el sistema de investigación diseñado por la LORPM al Anteproyecto: i) se trata de un sistema cuya constitucionalidad y acomodo legal resultan actualmente incontrovertidos; ii) los operadores jurídicos coinciden al definir el modelo como ágil, moderno y garantista; iii) su aplicabilidad ha sido sobradamente contrastada durante décadas con



resultados más que satisfactorios; iv) se trata de una norma que ha generado gran consenso.

Adviértase que, si bien es cierto que el singular objeto de la jurisdicción de menores justifica la implementación de especificidades jurídicas en un plano sustantivo, no existen razones que respalden la existencia de diferencias cualitativas en el orden estrictamente procesal, cuando menos por lo que se refiere a quién deba dirigir la investigación, las facultades que deban reconocerse a este, el valor procesal de su actividad y los controles a que deba someterse al director de la investigación.

No obstante, el prelegislador no da razón de las acusadas diferencias existentes entre la LORPM y el Anteproyecto sometido a informe de este Consejo Fiscal, a pesar de atribuirse en ambos supuestos la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, articulando ahora un sistema que, siempre según la lógica que según la exposición de motivos inspira el texto prelegislativo, convertiría en justiciables de peor condición a los menores, atendidas las mayores facultades atribuidas al fiscal durante el curso de la investigación, así como la *limitada* intervención del juez de garantías.

En otro orden de cosas, el art. 522 ALECrím delimita el objeto y finalidades del procedimiento de investigación al señalar que «[a] los solos efectos de adoptar una decisión fundada sobre la procedencia de la acción penal y, en su caso, sobre el ejercicio de la acción civil, el procedimiento de investigación tiene por objeto esclarecer los hechos y las circunstancias del delito y averiguar quiénes son responsables de su comisión».

A pesar de las aparentes similitudes que el precepto encuentra con el aún vigente art. 299 LECrím, la opción del prelegislador resulta sumamente novedosa. Pues, en realidad, el nuevo procedimiento de investigación aparece configurado como una fase principalmente dirigida a *adoptar una decisión*



*fundada sobre la procedencia de la acción penal.* Extremo del que se infiere que en el Anteproyecto el ejercicio de la acción penal se vehicula exclusivamente mediante el escrito de acusación. Conclusión reforzada por lo dispuesto en el art. 589.1 donde se regula la conclusión de la investigación y continuación del procedimiento en los siguientes términos: «El fiscal dictará decreto acordando la conclusión del procedimiento cuando, una vez practicadas las diligencias necesarias, concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal. En este caso, acompañará al decreto del escrito de acusación».

Si junto a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias concebimos la acción penal como el medio a través del cual las partes articulan una pretensión de incoación del proceso penal ante un órgano judicial, podemos entender que en el modelo procesal diseñado por el prelegislador la fase de investigación criminal goza de naturaleza preprocesal.

Así se indica con toda claridad en la exposición de motivos del Anteproyecto al señalarse que «[e]n la fase jurisdiccional, que se inicia con la interposición de la acción —esto es, con la presentación de la acusación en la fase intermedia—, esta garantía se sujeta a las reglas básicas de exclusividad judicial en la imposición de la pena y de plena forma procesal de las actuaciones. En cambio, en la fase preparatoria del proceso, encaminada a determinar si se ha de ejercer la acción penal que puede darle inicio, se exige una labor de disección de las actuaciones de naturaleza jurisdiccional».

Conclusión que en un plano conceptual o teórico exige extremar las precauciones al objeto de hacer compatible la actividad jurisdiccional desarrollada en una fase preprocesal —en que la acción penal no ha sido aún ejercitada— con el diseño constitucional proclamado por el art. 117 CE, así como con los más elementales principios del derecho procesal penal. Consideraciones que, una vez más, revelan la necesidad de atribuir sin



complejos la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, limitando la intervención del juez de garantías a la tutela de los derechos y libertades fundamentales que puedan verse comprometidos durante el curso de la investigación.

Las afirmaciones anteriores aconsejan, asimismo, modificar la redacción ofrecida por el art. 120 ALECrim, según el cual «[l]os ciudadanos españoles que no sean ofendidos o perjudicados por el delito pueden ejercitar la acción penal mediante querrela en los casos y con arreglo a las prescripciones establecidas en esta ley». Parece evidente que, en el diseño procesal del sistema de investigación criminal configurado por el texto prelegislativo, la querrela no constituye el vehículo adecuado a través del que ejercitar la acción penal pues, con la única salvedad de los delitos privados, el proceso penal tan solo podrá ser incoado una vez admitida la acusación. De ahí la necesidad de distinguir con toda claridad entre los mecanismos a través de los que la acusación particular y popular deba vehicular su pretensión de ser parte en el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal y el ejercicio de la acción penal que, con arreglo al art. 522, necesariamente deberá articularse mediante el escrito de calificación provisional.

Razones que, a su vez, aconsejan matizar la afirmación que se contiene en el art. 116.2, según el cual las víctimas del delito —y demás personas referenciadas en el art. 113— se personarán en el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal mediante escrito en que se especificará si tan solo se ejercita la acción penal.

Debe, además, precisarse que el art. 522, lejos de atribuir la dirección de la fase de instrucción al Ministerio Público, le atribuye a este la dirección de la investigación criminal. El matiz dista de ser menor pues, mientras que la fase de instrucción judicial tiene por objeto preparar el juicio oral (*vid.* SSTC 161/1990, de 19 de octubre; 141/2001, de 18 de junio; 94/2002, de 22 de abril;



148/2005, de 6 de junio; 92/2006, de 27 de marzo; 29/2008, de 20 de febrero; 29/2008, de 20 de febrero), el procedimiento de investigación regulado por el Libro IV ALECrím se dirige a la consecución de un fin más modesto, equivalente —en realidad— al que los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrím atribuyen actualmente a las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.

En definitiva, el procedimiento de investigación regulado por el Anteproyecto agota su funcionalidad con la acusación o el sobreseimiento de las actuaciones, no operando como fase de preparación del juicio oral, atendido el nulo valor probatorio que el prelegislador le atribuye, todo ello sin perjuicio de la excepción regulada por el art. 684.5 ALECrím<sup>4</sup>.

Por otro lado, ante el escaso valor procesal de las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal, no se alcance a comprender la necesidad de que este se vea constantemente sometido a la vigilancia de un juez de garantías, cuya autorización debe recabarse recurrentemente para avanzar en las investigaciones y al que, durante el curso de la investigación, incluso se le permite valorar la razonabilidad de la calificación de los hechos o la relevancia de los indicios criminales concurrentes (*vid.* art. 555.1)<sup>5</sup>.

Por último, no puede dejar de apuntarse en relación con los arts. 521 y 522 que el hecho de que el Anteproyecto no vaya acompañado de una simultánea propuesta de reforma legislativa de aquellas normas —procesales y

---

<sup>4</sup> Art. 684.5. *Excepcionalmente y previa audiencia de las partes, el presidente podrá autorizar, de oficio o a instancia de parte, la lectura de la documentación de alguna diligencia realizada en el procedimiento de investigación cuando, siendo de indudable importancia para la causa, no haya podido ser asegurada ni reproducida en el acto juicio oral por la pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente, siempre que la defensa haya tenido la oportunidad efectiva de participar en su práctica en la forma prevenida en esta ley.*

<sup>5</sup> Art. 555.1. *El Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición de la persona investigada, dispondrá el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal.*



sustantivas— a las que directamente afecta, constituye una mácula en el propósito del prelegislador.

El encaje no solo legal sino incluso constitucional del sistema procesal diseñado por el prelegislador depende en gran medida de la reforma de un buen número de normas. Así, sin pretensión alguna de exhaustividad, pueden servir de ejemplos, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*; la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*; la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, *de Demarcación y de Planta Judicial*; la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*; la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, *reguladora del procedimiento de Habeas Corpus*; o el RD 769/1987, de 19 de junio, *sobre regulación de la Policía Judicial*.

De ahí que, a las dudas de carácter jurídico ya expresadas anteriormente, deba sumarse la imposibilidad de conocer no ya tan solo su posible integración técnica con las normas cuya modificación resultaría obligada, sino incluso la viabilidad u operatividad del sistema en el plano práctico.

Del análisis del impacto económico presupuestario calculado en la *MAIN* del Anteproyecto destacan las siguientes afirmaciones: «1.2. Coste Gastos de Personal: Capítulo 1. La especialización en la realización de tareas que comportará la reforma supondrá un aumento de la eficiencia en términos generales para el conjunto del sistema y sin acudir necesariamente al aumento de los medios personales y materiales disponibles. Esta solución reorganizativa es consecuente con las características de la litigiosidad en el orden penal y no sólo no lleva aparejado un mayor coste, sino que podría disminuir al permitir obtener la máxima productividad con los elementos presentes y futuros del sistema y de manera especial con la nueva oficina judicial y los tribunales de instancia. [...] Esta mejora significativa en el aprovechamiento de los medios personales de la Administración de Justicia permite afrontar la implementación



de una reforma de calado como esta sin exigir esfuerzos económicos adicionales».

Las aseveraciones anteriores acerca de la *innecesariedad* de aumentar la plantilla de la carrera fiscal resultan incongruentes pues parece que el prelegislador ignora la situación por la que actualmente atraviesa el Ministerio Fiscal. Recuérdese que las Memorias de la FGE llevan advirtiendo desde hace ya muchos años de las enormes carencias personales y materiales que sufre esta institución.

El Ministerio Fiscal no se encuentra actualmente en disposición de asumir la dirección de la investigación criminal sin que previamente se proceda a un notable incremento de su plantilla. Los/as fiscales se encuentran en la actualidad al borde del colapso. Reformas de menor calado —como la aprobación del sistema de plazos de la fase de instrucción instaurado por Ley 41/2015, de 15 de octubre— ya condujeron al límite a los integrantes de la plantilla del Ministerio Fiscal, fruto de las numerosas tareas que se ven obligados a realizar con un muy reducido número de integrantes y recursos materiales.

Como señala la Memoria de la FGE de 2020, «[e]n relación al número de fiscales por cada 100.000 habitantes y tomando los datos de población del Instituto Nacional de Estadística, la media nacional en 2019 fue de 4,86 fiscales/100.000 habitantes frente al 4,92% de 2018. La ratio más alta está en las fiscalías de Canarias, con 5,53 fiscales/100.000 h y la más baja en la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, con 3,21 Fiscales/100.000 h. El porcentaje más elevado de fiscales se encuentra en el tramo de edad de 41 a 50 años, con un 34% de la plantilla, seguido del tramo de 51 a 60 años, con un 31% de la plantilla. Los fiscales de edad inferior a 30 años representan el 2%, frente al 1% en el ejercicio 2018».



Estos porcentajes se hallan muy alejados de la media europea, que cuenta con una ratio de más de 11 fiscales de media por cada 100.000 habitantes.

Según los datos del CGPJ, nuestro país contaba en el año 2019 con 499 juzgados de instrucción, 106 juzgados de violencia sobre la mujer, 6 juzgados centrales de instrucción y 1069 juzgados de primera instancia e instrucción.

Llama poderosamente la atención que el prelegislador pretenda que las tareas que hasta la fecha venían desarrollando 1680 jueces y magistrados sean ahora asumidas, sin más, por la actual plantilla del Ministerio Fiscal, cuyos integrantes —justo es recordarlo— intervienen activamente no solo durante la fase de investigación del procedimiento penal, sino también durante la fase intermedia, la de juicio oral y la de ejecución. Al igual que ante las jurisdicciones civil y de menores y, si bien con menos atribuciones, ante la jurisdicciones social y contencioso-administrativa.

El art. 524 ALECrim establece la prohibición de desarrollar investigaciones de carácter prospectivo o general. Se trata de una novedad tras la que subyace la evidente voluntad de trasladar al ordenamiento jurídico la doctrina jurisprudencial elaborada a lo largo de las últimas décadas acerca de dicho particular.

Nuestra jurisprudencia considera prospectivas aquellas investigaciones que se sustenten «en [la concurrencia de] meras hipótesis o simples sospechas» (STC 184/2003), es decir, aquellas que no cuenten con un mínimo fundamento objetivo y material susceptible de eventual verificación.

Con todo, debe subrayarse que tradicionalmente se ha discernido entre la seriedad y relevancia que deba exigirse a los indicios que sirvan de fundamento a la incoación del proceso penal y la de aquellos que hayan de servir de base al inicio de las investigaciones de carácter preprocesal. Existe



consenso acerca de la aptitud de las meras confidencias e incluso de las sospechas o rumores para servir de base para las investigaciones policiales e incluso de las del Ministerio Fiscal.

Como recuerdan las SSTS 27/2004, de 13 de enero, y 855/2013, de 11 de noviembre, «la desnuda confidencia anónima no puede justificar la petición ni menos la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como ya se dijo en la STS de 10 de abril de 2001, aunque sí puede servir para iniciar una investigación policial».

Si bien no parece desacertada la opción del legislador, sí parecería razonable que se ofreciera una nueva redacción al precepto a fin de: i) delimitar con mayor precisión lo que deba entenderse por investigación prospectiva y por investigación general, de suerte que a pesar de tratarse de conceptos jurídicos indeterminados se minimice en lo posible la inseguridad jurídica resultante de aquella condición; ii) se precise que en una fase inicial del procedimiento resulta posible dar comienzo a la investigación en base a sospechas, confidencias e incluso rumores, siempre que las primeras actuaciones se dirijan a lograr su corroboración; iii) se especifique que las investigaciones únicamente pueden versar sobre hechos que revistan indicios de criminalidad y no así sobre personas que se consideren sospechosas; iv) se prohíban las investigaciones cuyo inicio tuviera lugar en atención criterios estadísticos o aleatorios.

A tal efecto, se propone la siguiente redacción alternativa para el art. 524:

- 1. Quedan prohibidas las causas generales y las investigaciones meramente prospectivas.*
- 2. Se consideran causas generales aquellas que, lejos de investigar acciones o hechos atribuibles a una persona física o jurídica determinada o determinable,*



*tengan por objeto sospechas asociadas a las características personales de un sujeto.*

*3. Se consideran prospectivas las investigaciones iniciadas en razón de meras hipótesis o conjeturas.*

*4. No se iniciará un procedimiento de investigación sino en virtud de la noticia de la comisión de un hecho que en apariencia reúna los caracteres de una infracción penal.*

*5. Salvo lo establecido en esta ley para los supuestos de conexidad, cada hecho investigado dará lugar a la incoación de un único procedimiento.*

**§ 94.** El **Título II** del Libro IV lleva por rúbrica «la denuncia» (arts. 526 a 529).

Los arts. 526 y 527 ALECrim regulan, respectivamente, la obligación de denunciar hechos delictivos y sus excepciones —por razón de la exención concedida a determinados sujetos—, sintetizando en dos preceptos la regulación que se contiene en los vigentes arts. 259, 260, 261, 262, 263 y 264 LECrim.

La redacción del precepto (art. 526) resulta mejorable pues: i) carece de sentido configurar una obligación sin prever, asimismo, la consecuencia asociada a la infracción de la misma; ii) no consideramos adecuado limitar el deber genérico de denunciar a los supuestos en que el delito hubiera sido presenciado, excluyendo así otros supuestos en que su ejecución hubiera llegado a conocimiento del sujeto; iii) resultaría aconsejable regular un procedimiento sancionador para el supuesto de incumplimiento.

Se sugiere, asimismo, una mejora técnica en la redacción del art. 527, que regula los sujetos exentos de la obligación de denunciar.

La terminología empleada en el apartado a) del art. 527 no cuadra con regulación alguna. No existe una capacidad para comparecer en juicio como



testigo. En la regulación de la testifical de personas con discapacidad se utilizan distintas expresiones. Por ejemplo, los arts. 591.2 c) y 602 aluden a las personas que por sus condiciones personales o por su discapacidad no deban someterse a examen contradictorio de las partes, siendo esta situación valorable por el juez en el momento que deba realizarse dicha diligencia. Es evidente la intención del prelegislador de evitar el análisis de eventuales consecuencias penales en el caso de infracción de dicha obligación por parte de una persona con discapacidad relevante, pero parece preferible garantizar mayor seguridad jurídica y no realizar una privación de derechos anticipada indeterminada e indiscriminadamente.

En segundo lugar, si se quiere proteger a una persona vulnerable, dicha previsión debería estar dentro del apartado c) que regula la excepción de la obligación de denunciar entre familiares: no solo previéndose cuando se trate de un delito contra los bienes jurídicos personales de un menor de edad, sino también cuando se haya atentado contra los bienes jurídicos personales de una persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad.

Respecto del apartado b) —*a quienes de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, estén exentos del deber de declarar por razón de secreto profesional respecto de los hechos de que se trate*—, se sugiere que se introduzca una salvedad en aquellos supuestos en los que la denuncia del profesional se reputa idónea para evitar la ejecución de un delito o bien contribuya a poner fin al que se está ejecutando.

Asimismo, en relación a la letra c) —*a quienes se encuentren unidos al responsable del hecho delictivo por un vínculo familiar o afectivo que conforme a esta ley les exima de la obligación de declarar, salvo que se trate de un delito contra los bienes jurídicos personales de un menor de edad*—, se sugiere se añada la expresión «o persona en situación de vulnerabilidad», pues se estima



que concurre análogo fundamento al que justifica excluir de la exención los ataques contra bienes jurídicos personales de menores de edad.

El art. 528.6 establece que «[c]uando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo».

En relación a la referenciada previsión la exposición de motivos señala que «[l]as normas de presentación de la denuncia se adaptan, finalmente, a las disposiciones de la Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Se contempla, en particular, la posibilidad de que la denuncia derivada de la actuación, en el seno de una entidad pública o privada, de un alertador —denominación esta sugerida por la doctrina por carecer de las connotaciones peyorativas de sus posibles alternativas— pueda ser directamente presentada ante la autoridad penal competente por el responsable del canal de denuncia, no revelándose la identidad de la persona que dio la alerta interna salvo que se realice un requerimiento expreso al efecto».

En nuestra opinión resulta evidente que la lacónica previsión que sobre dicho particular se realiza en el art. 528.6 resulta insuficiente para tener por adaptada la normativa nacional a las disposiciones de la referenciada Directiva europea.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la posibilidad de mantener en el anonimato la identidad del alertador/denunciante no parece respetar en toda su extensión el régimen regulado por el art. 16 de la Directiva 2019/1937, en el que se establece que «[l]os Estados miembros velarán por que no se revele la



identidad del denunciante sin su consentimiento expreso a ninguna persona que no sea un miembro autorizado del personal competente para recibir o seguir denuncias. Lo anterior también se aplicará a cualquier otra información de la que se pueda deducir directa o indirectamente la identidad del denunciante. 2. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, la identidad del denunciante y cualquier otra información prevista en el apartado 1 solo podrá revelarse cuando constituya una obligación necesaria y proporcionada impuesta por el Derecho de la Unión o nacional en el contexto de una investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial, en particular para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada. 3. Las revelaciones hechas en virtud de la excepción prevista en el apartado 2 estará sujeta a salvaguardias adecuadas en virtud de las normas de la Unión y nacionales aplicables. En particular, se informará al denunciante antes de revelar su identidad, salvo que dicha información pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial. Cuando la autoridad competente informe al denunciante, le remitirá una explicación escrita de los motivos de la revelación de los datos confidenciales en cuestión. 4. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes que reciban información sobre infracciones que incluya secretos comerciales no usen ni revelen esos secretos comerciales para fines que vayan más allá de lo necesario para un correcto seguimiento».

En particular, resulta notorio el incumplimiento de la creación de canales de denuncia externos en los términos preceptuados por los arts. 11 y 12 de la Directiva, así como la configuración de mecanismos de protección para alertadores, singularmente las contempladas por el art. 19<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 19. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir todas las formas de represalias contra las personas a que se refiere el artículo 4, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalia, en particular, en forma de: a) suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; b) degradación o denegación de ascensos; c) cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; d) denegación de formación; e) evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; f) imposición de cualquier medida disciplinaria,*



Se propone, por ello, que el Anteproyecto incorpore un *estatuto del alertador*, cumpliendo de ese modo la obligación de transposición de la Directiva en todo aquello que resulte compatible con la naturaleza de la norma rituaría.

En relación con el art. 529 —*investigación de los delitos que precisan denuncia de la persona ofendida*—, se sugiere se añada un apartado tercero del siguiente tenor: «En aquellos casos en que, a pesar de que el ofendido no hubiera interpuesto denuncia, hubiera llegado a conocimiento de los miembros de la policía o del Ministerio Fiscal la comisión del delito, estos deberán informar al ofendido de los hechos descubiertos, de la necesidad de contar con su denuncia para proceder a su persecución, así como de las consecuencias procesales y penales asociadas a la interposición de la denuncia».

De este modo se lograría armonizar las previsiones que sobre dicho particular contienen los arts. 529, 537.2 y 550 ALECrim, dejando claro que en estos casos la denuncia, como condición objetiva de procedibilidad, si bien operará como requisito para la incoación del proceso penal, no condicionará la del procedimiento de investigación.

**§ 95.** La alusión que se contiene en el párrafo primero del art. 531 (**Título III** del Libro IV) a «los órganos del Ministerio Fiscal» parece desconocer el art. 12 EOMF. Se sugiere, por ello, modificar la redacción del precepto en los siguientes términos: «Los Fiscales podrán impartir, de acuerdo con su estatuto orgánico, instrucciones y órdenes generales a quienes ejerzan funciones de

---

*amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; g) coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; h) discriminación, o trato desfavorable o injusto; i) no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; j) no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; k) daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; l) inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; m) terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; n) anulación de una licencia o permiso; o) referencias médicas o psiquiátricas.*



Policía Judicial», pues en definitiva es el EOMF la norma a la que corresponde determinar qué sujetos deben ser considerados competentes para impartir las instrucciones, al igual que los trámites que deben seguirse para su aprobación.

El párrafo segundo del art. 531 ALECrím señala que «[d]ichas instrucciones tendrán por objeto establecer reglas, métodos y procedimientos de obligado cumplimiento para asegurar la sujeción de la actividad investigadora de la Policía Judicial a las normas y garantías procesales». Se sugiere, completar este precepto integrando las previsiones que se contienen en el art. 21 del RD 769/1987, de 19 de junio, *sobre regulación de la Policía Judicial*<sup>7</sup>.

Por ello, se propone la siguiente redacción alternativa al art. 531: «Dichas instrucciones tendrán por objeto establecer reglas, métodos y procedimientos de obligado cumplimiento para asegurar la sujeción de la actividad investigadora de la Policía Judicial a las normas y garantías procesales, así como a la fijación de líneas de investigación eficaces», pues no debe olvidarse que al Ministerio Fiscal corresponde promover la acción de la justicia (art. 124 CE), velando, además de por las garantías procesales de los justiciables, por el buen curso de la investigación.

---

<sup>7</sup> Art. 21. *El Juez o Tribunal competente, una vez iniciado el procedimiento penal, y el Fiscal encargado de las actuaciones, en los casos a que ese refiere el artículo anterior, se entenderán directamente, y sin necesidad de acudir a instancias administrativas superiores, con el Jefe de la Unidad correspondiente, sea del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia Civil, para encomendarle la práctica de cualquier investigación o la realización de otras misiones propias de la Policía Judicial. El responsable policial requerido habrá de disponer lo que sea preciso para el eficaz cumplimiento del servicio, participando a la Autoridad Judicial o Fiscal los funcionarios que habrán de llevar a efecto la investigación ordenada. Igualmente, podrá la Autoridad Judicial o Fiscal ordenar que comparezcan ante su presencia, cuantas veces lo considere conveniente el o los concretos funcionarios policiales a quienes dicha Jefatura haya encargado la ejecución, con el fin de impartir las instrucciones que estime pertinentes, indicar las líneas de actuación y controlar el cumplimiento de sus cometidos o la evolución de sus investigaciones.*



Similares consideraciones deben realizarse respecto del art. 532 ALECrím, sugiriéndose que la determinación del sujeto competente para impartir las instrucciones particulares sea exclusivamente regulada en el EOMF.

Se considera que el art. 533 ALECrím debe ser suprimido y se propone para el mismo que la redacción sea conforme con el contenido del art. 5.2 de la LO 9/2021, de 1 de julio, *de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.*

En relación con el art. 534 ALECrím, debe subrayarse que el mismo resulta parcialmente incompatible con el art. 16 RD 769/1987, de 19 de junio, pues mientras que el precepto incluido por el prelegislador señala que «iniciado el procedimiento investigador, los funcionarios policiales a quienes haya sido asignada la investigación de un delito no podrán ser apartados sin la autorización del fiscal responsable de aquél», la norma en vigor dispone que «los funcionarios de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiere encomendado, hasta que finalice la misma o la fase procesal que la originó, si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente. Cuando los funcionarios a quienes esté encomendada una concreta investigación hayan de cesar en su destino por causas legalmente establecidas, su cese se participará a la Autoridad Judicial o Fiscal para su conocimiento».

En otro orden de cosas, se propone modificar el tenor del art. 535.1 ALECrím en el siguiente sentido: «Los funcionarios policiales deberán guardar secreto sobre las investigaciones que les hayan sido encomendadas, las actuaciones realizadas y los resultados obtenidos, sin perjuicio de comunicar a sus superiores, en términos que no comprometan el curso de la investigación, todo lo relativo a la ordenación de los servicios, control y provisión de medios».



Asimismo, se sugiere que se explicita la consecuencia procesal asociada al incumplimiento de dicha obligación en los supuestos en que la conducta no resulte merecedora del reproche penal.

**§ 96.** El **Capítulo II** regula «el control de la actividad investigadora» de la policía (arts. 536 a 545).

Se propone la modificación del art. 536 ALECrím al objeto de contemplar la posibilidad de que la policía judicial pueda desarrollar por propia iniciativa, una vez asumida la investigación por el Ministerio Fiscal, aquellas actuaciones que se consideren urgentes, a fin de evitar que la demora en su autorización por el/la fiscal pueda comprometer el curso de la investigación.

Parece conveniente, asimismo, realizar algunas consideraciones respecto del art. 538 (*primeras diligencias y aseguramiento del lugar del hecho*).

En relación a la posibilidad contemplada en el art. 538.1.7º ALECrím, deben matizarse las posibilidades de intervenir y retener el permiso de circulación o de conducción, circunscribiéndose a los supuestos en que la adopción de dicha medida se considere necesaria a fin de preservar la integridad del propio conductor o de terceras personas.

Esta medida —así como la consistente en intervenir la licencia de armas prevista en el art. 538.1.8º ALECrím— debe ir acompañada de la posibilidad de que la propia policía judicial pueda acordar cautelarmente la suspensión del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, o hacer uso de armas, debiendo asimismo preverse la necesidad de su posterior ratificación en un plazo no superior a 72 horas. De lo contrario, la mera intervención de los permisos o licencias carecerá de virtualidad alguna.



En cuanto a los delitos contra la seguridad vial, se considera más acertada la del vigente art. 764.4 LECrim<sup>8</sup>, en que además de contemplarse la posibilidad antes apuntada, se regula la intervención inmediata del vehículo.

Por último, se recomienda que el prelegislador regule entre las *primeras diligencias* del art. 538 la posibilidad de que la policía judicial pueda ejecutar el desalojo e inmediata restitución de las moradas ilícitamente allanadas u ocupadas, si bien circunscribiéndose dicha facultad en este último caso a los supuestos de flagrancia.

Se propone, asimismo, añadir un nuevo apartado al art. 539, al objeto de que los miembros de la policía judicial puedan ordenar la salvaguarda de cualesquiera documentos, archivos electrónicos —incluidos correos electrónicos, mensajes telefónicos, u otros similares—, u objetos de cualquier clase, imponiendo al custodio de los mismos la imposibilidad de practicar su destrucción, modificación o transmisión en tanto no sea alzada dicha prohibición cautelar por la autoridad competente.

En otro orden de cosas, se recomienda la modificación del art. 541.1 ALECRim (*comunicación al Ministerio Fiscal de la investigación policial*). En nuestra opinión, debiera reconsiderarse la posibilidad de que la actividad investigadora de la policía judicial pueda extenderse más allá de la identificación de la persona presuntamente responsable, admitiéndose la ejecución de aquellas diligencias que se reputen necesarias para corroborar las confidencias o

---

<sup>8</sup> Art. 764.4 LECrim. *Se podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del investigado o encausado o del tercero responsable civil. También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al investigado o encausado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 556 del Código Penal. Las medidas anteriores, una vez adoptadas, llevarán consigo la retirada de los documentos respectivos y su comunicación a los organismos administrativos correspondientes.*



sospechas, evitando así que el procedimiento de investigación pueda dirigirse de modo prematuro contra quien no ha resultado posible practicar investigación alguna que permitiera corroborar mínimamente la verosimilitud de las sospechas.

A tal efecto, se sugiere la siguiente redacción alternativa al art. 541.1 ALECRim:

*Practicadas las primeras diligencias, la Policía Judicial continuará su actividad investigadora hasta la identificación de la persona presuntamente responsable y, en su caso, la corroboración de las sospechas que hubieran motivado el inicio de la investigación, sin perjuicio de la facultad del Ministerio Fiscal de asumir en cualquier momento la dirección de la investigación.*

Alternativa que, por lo demás, se reputa más coherente con la redacción ofrecida por el prelegislador al art. 556 (*investigación preliminar*).

Por idénticos motivos se propone la modificación del art. 542, al objeto de condicionar la remisión del atestado no solo a la identificación del presunto responsable criminal, sino también a que la sospecha que motivó el inicio de la investigación se hubiera visto corroborada, de suerte que existan unos mínimos indicios que justifiquen la incoación del procedimiento de investigación por parte del Ministerio Fiscal.

El art. 543 ALECRim (*comunicación por medio de relación*) parece contradecir lo dispuesto en el art. 20 del RD 769/1987, de 19 de junio, *sobre regulación de la Policía Judicial*, cuya redacción se estima más acertada:

*Cuando los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía*



*correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.*

En definitiva, corresponde al Ministerio Fiscal dominar la investigación extraprocesal en toda su extensión, sin perjuicio de la distinta intensidad que pueda revestir su intervención en función del estado en que se encuentre la misma. Y, por ello, decidir por medio de las instrucciones generales y/o particulares los términos en que la policía judicial deba informarle acerca de las investigaciones en curso, así como de aquellas que hubieran resultado archivadas.

Por idénticos motivos se propone la supresión del art. 544.1 ALECrím (*supuestos especiales*), según el cual «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, 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. 2. Igualmente, el Ministerio Fiscal podrá ordenar en cualquier momento a la Policía Judicial la elaboración y entrega de atestado relativo a cualquier investigación que esté llevando a cabo».

En relación con el art. 545 ALECrím (*continuación o cese de la investigación*), se sugiere que se contemple en el apartado segundo la posibilidad de que la policía judicial pueda practicar por iniciativa propia y por razones de urgencia, las diligencias indispensables para salvaguardar el buen fin de la investigación, circunscribiendo dicha posibilidad a los supuestos en que concurren razones de urgencia que así lo justifiquen.



§ 97. La figura del atestado viene regulada en el **Capítulo III** del Título II (arts. 546 y 547).

En cuanto al art. 547.2.f) ALECrím, se propone que se señale que la persona detenida puede ser puesta a disposición del Ministerio Fiscal, y no solo del juez o tribunal competente.

§ 98. El **Capítulo IV** regula en dos preceptos «las actuaciones ordenadas por el fiscal» (arts. 548 y 549).

En el art. 549.1 ALECrím se aprecia una errata pues se utiliza el artículo determinado «los» para referirse a *las* Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En relación con el art. 549.2 ALECrím resultaría conveniente que se especificara la consecuencia procesal o sustantiva derivada del incumplimiento del requerimiento efectuado por orden del Ministerio Fiscal.

§ 99. El **Título IV** del Libro IV regula en tres capítulos «el procedimiento de investigación» (arts. 550 a 573).

§ 100. El **Capítulo I** («la iniciación de la investigación») se integra por los arts. 550 a 556.

Se sugiere que en el art. 550.1 ALECrím (*decreto de iniciación de la investigación*) se incorpore una cláusula que permita una integración más armónica y coherente con el art. 556 ALECrím. A tal efecto se propone la siguiente redacción alternativa: «Cuando, de oficio o en virtud de denuncia o atestado, llegue a conocimiento del fiscal la noticia de la comisión de una infracción penal, dictará un decreto acordando iniciar el procedimiento de investigación, con las salvedades reguladas en el art. 556 de esta ley».



En relación con el art. 552 ALECrím (*decreto de archivo de la denuncia*) se reputa necesario prever la posibilidad de interposición de recurso de apelación contra la decisión del juez de garantías, por las razones que serán expuestas al analizar el art. 585 ALECrím.

El Consejo Fiscal considera que la referencia al art 553.2 ALECrím corresponde en realidad al ámbito de organización interna del Ministerio Fiscal y en todo caso pudiera ser una previsión estatutaria, pero no venir reflejado en la ley procesal.

El art. 554 ALECrím (*determinación del juez de garantías*) establece, entre otras cuestiones, que una vez dictado el decreto de iniciación de la investigación por el Ministerio Fiscal, se procederá a determinar el juez de garantías competente para intervenir en todos los actos que la legislación reserva a la autoridad judicial.

Según se indica en la exposición de motivos, «en este punto, la opción seguida ha sido la de concentrar todo el elenco de potestades judiciales en una figura específica, evitando el debilitamiento del control judicial que puede derivar de un modelo de tutela totalmente disperso, como el que se aprecia en ciertas regulaciones del Derecho comparado -por ejemplo, en el modelo alemán de Juez de la Investigación-. Se opta, por ello, por un juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones. Se ha preferido utilizar la denominación con la que suele conocerse a esta figura, que constituye ya un lugar común entre teóricos y prácticos y que fue utilizada tanto en el anteproyecto de 2011 como en la propuesta de 2013. Se alude, por tanto, a un juez de garantías, aunque en puridad este nombre solo designa una faceta determinada de las diversas tareas que son encomendadas a la autoridad judicial».

Diversas razones aconsejan que la concreción del juez de garantías no aparezca determinada desde la del procedimiento de investigación, de suerte



que el mismo juez deba resolver la totalidad de las cuestiones suscitadas durante el procedimiento de investigación: i) dicha opción no contribuye a reforzar la imparcialidad del juez, garantizando el distanciamiento psicológico respecto al curso de la investigación que debe mantener quien no es más que un mero árbitro, pues las decisiones que haya podido adoptar en el pasado — singularmente en relación a las medidas cautelares— pueden condicionar la actuación futura-; ii) se trata de un modelo que fácilmente se presta a que el juez, por medio de sus decisiones, pueda tutelar —o cuando menos condicionar— el curso de la investigación, convirtiéndose en una suerte de director encubierto; iii) resulta lógico pensar que buena parte de las actuaciones a desarrollar por el juez de garantías resulten urgentes, de ahí que la atribución de la competencia en todos los casos, urgentes y no urgentes, al juez que desarrolle funciones de guardia favorezca su pronta resolución, evitando las consabidas controversias competenciales que de otro modo pudieran producirse.

En otro orden de cosas, debe subrayarse que el contenido del art. 554 ALECrím no parece del todo compatible con la efectiva implementación del expediente digital pues, en buena lógica, las tareas que el referenciado precepto atribuye a los letrados de la administración de justicia debieran preverse que fueran realizadas automáticamente por el *software* informático de aplicación.

Se propone asimismo la supresión del art. 555 ALECrím (*facultad judicial de sobreseimiento*) pues el control acerca de la relevancia criminal de los hechos excede con mucho de las facultades que debieran atribuirse al juez de garantías de acuerdo con lo preceptuado por el art. 117.4 CE. El control de la investigación del Ministerio Fiscal no se identifica con la función de juzgar o ejecutar lo juzgado, al igual que tampoco con una función de garantía de los derechos fundamentales del investigado.



Si realmente se estima necesario atribuir la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, debe permitirse que este desarrolle la misma con autonomía, sin perjuicio de la necesaria intervención judicial en la supervisión de aquellas diligencias que comporten una injerencia en los derechos fundamentales del investigado o la adopción de medidas cautelares, extremo que sin ningún género de dudas contribuirá a agilizar el curso del procedimiento.

Ello en ningún caso permite concluir que la actuación de los/as fiscales no deba someterse a ningún control, sino simplemente que la intensidad de ese control se intensifique en función del estadio procesal en que nos encontremos, permitiendo que durante la fase preprocesal sea más laxo —con las salvedades antes apuntadas—, difiriendo de ese modo el control judicial acerca de la relevancia criminal de los hechos atribuidos al investigado hasta la fase intermedia.

De mantenerse la redacción ofrecida por el prelegislador resulta evidente que en tal caso deberá admitirse la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda recurrir en apelación la decisión adoptada por el juez de garantías.

Por último, se estima acertada la previsión que contiene el art. 556 ALECRim (*investigación preliminar*) pues, como ya se indicó anteriormente, resulta indispensable prever la posibilidad de que en determinados casos puedan ser practicadas determinadas pesquisas con el fin de corroborar la sospecha existente respecto de un sujeto antes de atribuirle la condición de investigado, dirigir el procedimiento formalmente contra este, informarle de los hechos que se le atribuyen y permitirle el acceso al contenido de las diligencias practicadas.

Según el tenor literal del art. 556 ALECRim, «1. Si al iniciarse el procedimiento no se conoce la identidad de los posibles responsables criminales o no se dispone en dicho momento de elementos suficientes para dirigir la investigación



contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial, el fiscal, por sí o a través de la Policía Judicial, podrá practicar las diligencias necesarias para obtener los datos, informaciones, declaraciones y cualesquiera otros elementos que puedan servir para atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada. 2. Desde el momento en que las referidas diligencias proporcionen elementos suficientes para atribuir el hecho punible a una persona determinada, el fiscal dispondrá la celebración de la primera comparecencia conforme a lo establecido en el artículo siguiente. No se procederá de este modo cuando se haya autorizado el secreto de la investigación, en cuyo caso la primera comparecencia se practicará inmediatamente después de haberse alzado el secreto».

De este precepto se infiere que la investigación preliminar únicamente podrá tener lugar en dos supuestos:

- i) Cuando se ignore la identidad de los responsables criminales, de suerte que no exista persona alguna contra la que dirigir el procedimiento de investigación.
- ii) Cuando, a pesar de existir un sujeto claramente identificado, las sospechas no justifiquen la imputación, atendida la necesidad de corroborar mínimamente su verosimilitud.

La aparente claridad con la que se expresa el art. 556 ALECrim se ve empañada por las afirmaciones que sobre dicho precepto se realizan en la exposición de motivos, en que se indica que «la importancia estructural del acto de primera comparecencia o traslado de cargos permite dividir el procedimiento investigador del fiscal en una investigación preliminar, previa a la formulación de cargos, y una investigación principal, una vez que la primera comparecencia ya ha sido realizada. La investigación preliminar es la que se produce cuando no se ha identificado un posible a un posible responsable o no hay elementos suficientes para entender como tal a la persona designada en la denuncia o en el atestado policial. En la mayoría de los casos, esta fase no tendrá lugar, pues



el procedimiento se iniciará con una clara identificación de la persona sospechosa».

Así las cosas, se sugiere que se ofrezca una nueva redacción a la exposición de motivos sobre dicho particular, a fin de aclarar que la investigación preliminar, además de en aquellos casos en que la identidad de los posibles responsables criminales no hubieran sido identificados, también resultará posible cuando la atribución formal del hecho investigado precise de la ejecución de unas mínimas pesquisas que permitan comprobar la seriedad y verosimilitud de una sospecha.

Asimismo, a la vista de las graves consecuencias procesales asociadas a la celebración tardía de la primera comparecencia regulada por el art. 557 ALECrim, se propone explicitar en la redacción del art. 556 ALECrim cuándo debe considerarse que concurren elementos suficientes para dirigir la investigación contra el sospechoso, de suerte que la atribución formal de la condición de investigado resulte obligatoria.

El Consejo Fiscal propone las siguientes mejoras técnicas respecto al art. 557 ALECrim:

i) El precepto debería contemplar la posibilidad de que la información pudiera facilitarse por escrito mediante la entrega de copia del decreto de incoación, incluso con carácter previo a la comparecencia, para facilitar el ejercicio del derecho de defensa. El texto solo ha previsto la información escrita en los supuestos de complejidad de la investigación. Sin embargo, el traslado de la información por escrito simplificaría este trámite, también en los asuntos más sencillos.



ii) Se considera conveniente incluir en este trámite la posibilidad de que la persona investigada muestre su conformidad, con la consiguiente remisión a los arts. 164 y ss. ALECrím.

iii) El precepto debería contemplar que la citación incluya la información a la persona investigada de que debe designar un abogado en el plazo que se determine, de forma que, si no lo hace, se le designe de oficio con anterioridad a la celebración de la comparecencia, para evitar suspensiones y dilaciones indebidas

iv) Finalmente, se propone la actualización del precepto, contemplando la posibilidad de que las notificaciones se hagan a través de los medios de comunicación tecnológicos que indique la persona interesada. No tiene sentido seguir hablando solo de domicilio o persona de contacto cuando se puede utilizar cualquier otro medio tecnológico que pudiera dejar constancia de su recepción.

**§ 101.** El **Capítulo II** del Título IV lleva por rúbrica «la persona investigada» y se integra por dos secciones: Sección 1ª (*primera comparecencia*) y Sección 2ª (*intervención de la persona investigada*).

En relación con el art. 558.1 ALECrím (*remisión de la primera comparecencia al juez de garantías*) debe hacerse notar una vez más que el prelegislador parece obviar la necesidad de implantar el expediente digital, lo que haría innecesario remitir copia alguna al juez de garantías pues los traslados, en buena lógica, debieran ser digitales. Habría que añadir además de lo que allí se dice que no tiene ningún sentido remitir al juez de garantías copia de esta puesto que dicho juez nada tiene que garantizar. Se considera un trámite burocrático superfluo. Se supone que el procedimiento es único y estará informatizado, por lo que no parece necesario remitir un acta que figurará en el sistema de gestión procesal correspondiente. Además, el texto no ha previsto ninguna intervención del juez



de garantías ni para autorizar el acta ni para resolver alguna impugnación. Tampoco puede ordenar su rectificación. Por lo tanto, se trata de un trámite innecesario.

Se interesa, asimismo, la supresión del art. 558.2 ALECrím por las razones ya expuestas al analizar el art. 555 ALECrím.

Se sugiere que se introduzca en la redacción del art. 559.1 ALECrím (*primera comparecencia en el supuesto de detención o actos de investigación restrictivos de derechos*) la posibilidad de que, en aquellos casos en que el detenido fuera puesto en libertad, el Ministerio Fiscal pueda decidir no practicar la primera comparecencia si acordase decretar el archivo de las actuaciones.

Se interesa finalmente la supresión del art. 560 ALECrím (*retraso en la primera comparecencia*), remitiéndonos en todo a las consideraciones efectuadas en relación al art. 624 ALECrím.

En relación con el art. 562 ALECrím (*acceso al procedimiento*), se interesa que se especifique que el examen de las piezas de convicción deberá realizarse en términos que en ningún caso pueda comprometer el curso de las actuaciones.

Se sugiere que en la redacción del art. 563.1 ALECrím (*proposición de diligencias*) se incorpore una cláusula que imponga la necesidad de que la petición de la defensa sea formulada por escrito, con una sucinta —aunque expresiva— explicación de las razones que justifican su petición.

Por lo demás, se valora positivamente que no se permita que la defensa impugne el decreto del fiscal denegando la práctica de las diligencias propuestas, por erigirse en una auténtica medida de agilización procesal, sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la petición ante el juez de la audiencia preliminar.



Si el procedimiento de investigación es tramitado por el Ministerio Fiscal no tiene sentido que la admisión de la acusación popular resida en el juez de garantías. La comprobación de los requisitos para la personación puede hacerla el/la fiscal, resolviendo a favor o en contra mediante decreto impugnabile ante el juez. Sorprende que el Ministerio Fiscal decida la personación de la acusación particular y no se establezca el mismo sistema para el caso de la acusación popular. Pudiera entenderse como una desconfianza ante la actuación imparcial del fiscal. La idea general que debe presidir el texto es que el juez de garantías solo intervenga frente a denegaciones o desestimaciones por el/la fiscal de las peticiones formuladas por las partes.

**§ 102.** El **Título V** del Libro IV («el control judicial de la actividad investigadora») se divide en cuatro capítulos que versan sobre la dilación indebida del procedimiento de investigación (arts. 574 a 577); la declaración de secreto (arts. 578 a 582); la autorización judicial de las diligencias de investigación (arts. 583 y 584) y la impugnación de los decretos del fiscal (art. 585).

El lenguaje utilizado en el encabezamiento del Título V es revelador de la desconfianza del prelegislador hacia la investigación del Ministerio Fiscal, acentuándose la faceta de fiscalización sobre la de protección de los derechos fundamentales que corresponde al juez de garantías.

Aun cuando en los arts. 574 a 603 ALECrim se regula concretamente el control judicial de la actividad investigadora, es lo cierto que ese control se despliega no solo en esos preceptos sino a lo largo de todo el texto, sin modular la intensidad en función de la distinta naturaleza de las fases del proceso penal que se pretende diseñar y sin reconocer la función constitucional del Ministerio Público, lo que puede acabar produciendo importantes disfunciones.



Así, de una parte, se observa un control constante de toda la actividad investigadora del fiscal —que ya se pone de manifiesto en los artículos precedentes reguladores del procedimiento de investigación—, de forma que prácticamente ninguna acción del fiscal está exenta de un posible control judicial; y de otra, se aprecia un modelo de investigación que puede terminar generando en la práctica una hipertrofia del sistema y unas dilaciones innecesarias en una fase intermedia, previa al propio juicio oral y llevada a cabo por un órgano judicial distinto del que controló la investigación, que será demasiado larga y compleja.

Esas funciones atribuidas al juez de garantías limitan en muchas ocasiones de forma innecesaria y excesiva la actuación del Ministerio Fiscal. En la exposición de motivos del Anteproyecto se parte de la imparcialidad objetiva del órgano judicial, estableciendo que su función en esta fase de investigación opera fundamentalmente *en la resolución de los conflictos derivados de tres pretensiones en pugna*, siendo dichas pretensiones la del ciudadano investigado, la víctima y la función investigadora del Ministerio Fiscal, a la que se refiere como la pretensión «del Estado-investigador de injerir en la esfera de derechos del ciudadano para el mejor esclarecimiento de los hechos punibles o para asegurar cautelarmente la futura exigencia de responsabilidades».

Quizás esa asociación del Ministerio Fiscal con el *Estado-investigador* no sea muy afortunada pues parece reconducir a la idea de que defiende los intereses del Estado, obviando cuáles son sus verdaderas funciones dentro del proceso, y es que tanto en el actual sistema, como una parte más, como en el que regula el Anteproyecto, como director de la investigación, sus funciones vienen claramente establecidas en el texto constitucional, cuyo art. 124 establece que el Ministerio Fiscal tiene por misión «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley», y concreta que en el desarrollo de sus funciones actuará en todo caso con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.



§ 103. Con el fin de prevenir dilaciones en la fase de investigación el prelegislador (**Capítulo I** del Título V), sin fijar en abstracto una duración máxima a la investigación, faculta a la defensa para solicitar al juez de garantías que, transcurridos 12 meses desde la primera comparecencia (18 meses en investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o Especiales) y si considera que el procedimiento se prolonga más allá de lo razonable, fije un plazo para su conclusión. En ese caso se convocará a las partes a una vista en la que el/la fiscal pondrá de manifiesto las razones por las que la investigación sigue abierta, aportando, en su caso, justificación documental. Oídas las partes, resolverá el juez de garantías que fijará un plazo máximo para la conclusión de la concreta investigación si entiende que se está prolongando más allá de lo razonable, decisión recurrible en reforma. En tal caso, quedarían viciadas de nulidad las diligencias que el Ministerio Fiscal acordara con posterioridad a la expiración del plazo máximo fijado. Si por el contrario el juez de garantías denegara la fijación de plazo, su decisión será irrecurrible, sin perjuicio de que la defensa pueda presentar una nueva solicitud transcurridos tres meses.

Pese a denominarse en negativo («dilación indebida del procedimiento de investigación»), el primer capítulo regula un incidente *aceleratorio* ante el juez de garantías que tiene precisamente por objeto prevenir que se produzcan tales dilaciones en la fase de investigación, garantizando que esta se lleve a cabo dentro de un tiempo razonable.

Es un hecho que el TEDH contempla favorablemente la utilización de mecanismos preventivos de dilaciones indebidas, frente a los de carácter meramente compensatorios. De ahí que no podamos sino valorar positivamente la introducción de este tipo de remedios en la fase de investigación, incluso propugnar su utilización en otros momentos posteriores del proceso, como la fase intermedia o el juicio oral, ya que las dilaciones



indebidas pueden producirse en cualquier momento. La afirmación anterior no impide formular algunas sugerencias con intención de mejorar su regulación.

De la dicción del art. 575 ALECrim llama la atención —tratándose de un remedio aceleratorio— que no se fije plazo para la convocatoria y resolución del incidente y que se insista en su celebración mediante vista y no por escrito, lo que puede generar más dilaciones. Se podría considerar tanto establecer un trámite previo para descartar solicitudes infundadas y evitar que con ellas se pudiera entorpecer la labor del fiscal investigador ampliando el plazo excesivamente corto en que se puede volver a instar, como la posibilidad de extender la legitimación a las demás partes acusadoras que, pese a no ser *titulares* del derecho de defensa, también están interesadas en el desarrollo del procedimiento en un tiempo óptimo y razonable. Por otro lado, la disposición no establece ningún elemento objetivo como base para fijar la *complejidad* de la investigación, dejándose totalmente al arbitrio judicial, ni explica en qué consiste la justificación documental que se impone al fiscal. Por último, si el órgano judicial fija ese plazo, cuya duración tampoco se concreta, el Anteproyecto no resuelve qué ocurre si aparecen nuevos elementos que justificarían una prórroga de la investigación (por ejemplo, la necesidad de una comisión rogatoria o que de las diligencias practicadas se derivara la necesidad de nuevas imputaciones o diligencias), debiéndose prever estos supuestos para evitar la disfunción de que la continuación de la investigación resultara imposible y se provocara su cierre anticipado. En realidad, de estar justificada, la prórroga debería ser siempre posible e, incluso, el juez de garantías debería poder revisar su decisión, puesto que el fin del precepto debe ser prevenir dilaciones, no fijar una duración apriorística de la investigación que dejaría exentos de protección otros derechos concurrentes en el proceso penal como el de la tutela judicial efectiva de víctimas y perjudicados.

Dicho esto, entendemos que en realidad el sistema necesita replantearse desde la base. En tanto que el Ministerio Fiscal asume la dirección de la



investigación, el remedio aceleratorio debería residenciarse en el propio Ministerio Público, atribuyendo la competencia para conocer y decidir sobre el mismo al superior jerárquico del fiscal que tramita la investigación, y ello sin perjuicio de un eventual recurso judicial contra el decreto que acuerde la prórroga de la investigación. Parece lógico que sea la autoridad encargada de la investigación la mejor situada para valorar si el procedimiento se está prolongando más allá de lo razonable «a la vista de la complejidad del asunto y las circunstancias concurrentes», máxime cuando en la actualidad el EOMF ya atribuye al Fiscal General del Estado la posibilidad de acordar motivadamente la prórroga de las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal.

En este sentido, otros ordenamientos como el francés<sup>9</sup> son más coherentes con el reconocimiento de facultades de dirección de la investigación al fiscal, que es quien fija un plazo máximo cuando encomienda realizar una investigación a la policía judicial y quien puede conceder su prórroga si resulta debidamente justificada por los investigadores. Cuando la policía comienza de oficio la investigación debe rendir cuentas de su estado al fiscal cuando se prolongue más de seis meses.

**§ 104.** El **Capítulo II** del Título V permite al fiscal acordar el secreto total o parcial del procedimiento de investigación, impidiendo a las demás partes personadas tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en las diligencias declaradas secretas, aunque si se hubiese acordado la prisión provisional se facilitará a la persona investigada y su defensa el acceso a los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad.

La «declaración de secreto» está justificada en los supuestos del art. 578.1 ALECrím: a) cuando resulte necesario para evitar un riesgo grave para la vida,

---

<sup>9</sup> Vid. Art.75-1 Code de procédure pénale francés



la libertad o la integridad física o moral de otra persona; b) cuando exista un riesgo cierto de ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba; y c) cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación.

Aunque se utiliza la conjunción «y» entre los supuestos a) y b), entendemos que no es preciso que concurran conjuntamente estos tres fines para que proceda acordar el secreto y que, en consecuencia, podría sustituirse por la conjunción «o».

El Anteproyecto prevé que en este caso se dará traslado inmediato del decreto al juez de garantías, acompañando los documentos relevantes y concretando razonadamente el plazo por el que entienda que ha de mantenerse el secreto, y este confirmará o alzará la decisión en el plazo de 48 horas, fijando, en el primer caso, su duración. El/la fiscal podrá, antes de que se produzca el vencimiento del plazo establecido, interesar motivadamente su prórroga y de concederla, el juez de garantías fijará también el plazo máximo de la misma. Se prevé, finalmente, en el art. 582 ALECrím que el decreto que ponga fin al secreto se comunique de inmediato al juez de garantías y en él se dispondrá que se dé vista a la defensa y demás partes personadas de todas las diligencias a las que no hubieran tenido acceso, procediendo a realizar inmediatamente, en su caso, la primera comparecencia de la persona investigada. Alzado el secreto, no podrá acordarse la conclusión de la investigación antes de que trascurren veinte días o el tiempo suficiente para que las partes puedan tomar conocimiento de las actuaciones y ejercitar sus derechos de forma efectiva. Por último, se declaran nulas las actuaciones realizadas transcurrido el plazo máximo del secreto, si este no se hubiese alzado.

En la declaración de secreto parece que el prelegislador se queda nuevamente a medio camino, resistiéndose a asumir con todas las consecuencias el modelo



acusatorio y de dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal que dice propugnar. Muestra de ello es que el art. 581.1 ALECrím siga refiriéndose al fiscal como «parte» y no como verdadero protagonista de las altas funciones que se le asignan constitucional y legalmente.

Lejos de establecer la regla del secreto del procedimiento durante la investigación o, al menos, permitir de forma amplia que el/la fiscal declare el secreto cuando considere que los intereses de la investigación o los derechos de los sujetos procesales lo justifican<sup>10</sup>, en el art. 578 ALECrím se redactan de modo restrictivo y taxativo los supuestos de declaración de secreto y de modo prolijo las justificaciones que el fiscal debe dar «inmediatamente» al juez de garantías a efectos de su convalidación.

El juez de garantías está encargado no solo de confirmar o no la declaración de secreto en un plazo de 48 horas, sino además de fijar el plazo de duración del secreto, siendo nulas las actuaciones que se realicen vencido el mismo si no se hubiese alzado. Contra el auto que acuerde el plazo o contra el que alce el secreto no cabe interponer recurso alguno y solo cabría una prórroga que deberá solicitarse ante el juez de garantías sin que quepa recurso contra este auto, lo cual resulta de nuevo una limitación difícilmente justificable.

Es este otro de los supuestos presentes en todo el articulado de intervención excesiva del juez de garantías, resultando llamativo que el/la fiscal pueda acordar el secreto y no pueda prorrogarlo. Esta característica se ve agravada por la falta de recurso ante una instancia superior si hay divergencia con el fiscal (por ejemplo, frente a la resolución del juez alzando el secreto nada puede hacer el fiscal director de la investigación). Además, parece desacertada la previsión adicional de que sea el juez quien fije un plazo apriorístico de duración sobre cuya prórroga a solicitud del fiscal está llamado de nuevo a

---

<sup>10</sup> Respectivamente, art.11 Código de Procedimiento Penal francés y art.86 del portugués.



decidir con fijación de un nuevo plazo máximo. Nos remitimos a los comentarios que se hicieron sobre el incidente aceleratorio de los arts. 574 y ss. ALECRim, en el sentido de que la fijación de plazos máximos en la fase de investigación debería ligarse a la dirección que ejerce sobre la misma el Ministerio Público, encajando más difícilmente en la función jurisdiccional sin perjuicio de dotar a las partes de un remedio jurisdiccional frente a los decretos del fiscal.

A la vista de la regulación propuesta, además de que el juez de garantías difícilmente podrá valorar, como dice el Anteproyecto, «las necesidades de la investigación» que no dirige, esta construcción introduce una notable complejidad en el procedimiento. Hubiera sido mucho más eficaz otorgar al fiscal la posibilidad de acordar el secreto cuando lo exija la investigación, con validación judicial, y nuevamente al fiscal la posibilidad de levantarlo en cualquier momento o cuando las partes se lo soliciten, con recurso ante el juez en caso de denegación. A este esquema parecería responder la regulación que hace el Anteproyecto del alzamiento del secreto en el art. 582 ALECRim.

Incluso así, este doble régimen que confiere al juez unas prerrogativas excesivas y no justificadas es sumamente complejo y se aleja de las soluciones adoptadas en los países de nuestro entorno. Lo deseable, si el modelo pretende realmente instaurar un fiscal investigador, es que sea el/la fiscal quien acuerde el secreto, lo prorrogue y lo alce, sin perjuicio del derecho de la defensa de acudir al juez de garantías una vez levantado para recurrir las diligencias que se hubieran practicado y se consideren lesivas de sus derechos.

**§ 105.** Los **Capítulos III y IV** del Título V diseñan el engranaje de las relaciones entre el fiscal investigador y el juez de garantías, regulando respectivamente las facultades de este último para autorizar o denegar la práctica de



determinadas diligencias de investigación y para resolver la impugnación de los decretos del fiscal.

Así, los arts. 583 y 584 ALECrím disponen que el/la fiscal, de oficio o a petición de las acusaciones, deberá solicitar la autorización de las diligencias que requiera la ley, acordando al mismo tiempo, si la naturaleza de la diligencia lo requiere, el secreto de las actuaciones y acompañando la solicitud de los documentos y elementos justificativos. El juez debe resolver en 24 horas sobre la diligencia interesada y, en su caso, el secreto de las actuaciones, pudiendo el/la fiscal recurrir en reforma la denegación de la autorización. En tal caso, si el/la fiscal hubiese acordado el secreto, se mantendrá hasta que se resuelva el recurso.

En cuanto a la autorización judicial de diligencias de investigación, hay que comenzar refiriéndose a los comentarios específicos hechos en sede de las diligencias de investigación para las que en el Anteproyecto se requiere autorización judicial, en concreto el uso extensivo de este requisito a supuestos de difícil justificación (por ejemplo, en relación con datos personales que pueden encontrarse en fuentes y canales abiertos de los arts. 514 y ss. ALECrím) y la utilización muy limitada de la posibilidad de ratificación a posteriori por el juez de garantías de diligencias adoptadas por el/la fiscal que permitirían aunar exigencias de urgencia y eficacia con la adecuada supervisión judicial. Así, pese a que del art. 88 ALECrím (*facultades del Ministerio Fiscal*) parece deducirse como regla general la habilitación del fiscal como director de la investigación, en realidad estas facultades se ven considerablemente limitadas a lo largo del articulado del texto prelegislativo, que parece considerar al fiscal más cercano a la autoridad policial que a la judicial. En cualquier caso y pese a no preverlo de manera expresa la disposición, consideramos que el/la fiscal podrá valorar la petición de las demás acusaciones (posibilidad que podría atribuirse también a la defensa) a la hora de decidir si traslada o no la solicitud a la autoridad judicial. En cualquier



caso, el precepto deberá recoger expresamente que a/el Fiscal podrá valorar la petición de las demás acusaciones para decidir si traslada su solicitud a la autoridad judicial.

**§ 106.** El art. 585 ALECrim (único precepto que integra el **Capítulo IV** del Título V) regula la posibilidad de impugnar, dentro de los cinco días siguientes a su notificación y solo en los supuestos expresamente establecidos en la ley, los decretos dictados por el/la fiscal durante el procedimiento de investigación.

La impugnación se realiza por escrito al que se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos, dando traslado al fiscal y demás partes personadas por un plazo común de otros cinco días para alegaciones, y resolviendo el juez de garantías en idéntico plazo sin que quepa contra el auto recurso alguno.

En cuanto a la impugnación de los decretos del fiscal, cabe señalar que prácticamente todos sus decretos resultan recurribles. Así, son supuestos en que el Anteproyecto se remite expresamente a este procedimiento: la impugnación por incumplimiento de los elementos reglados de los decretos de archivo por razones de oportunidad (art. 180); el decreto de archivo de la denuncia por no ser el hecho constitutivo de infracción penal o por haberse extinguido la responsabilidad criminal (arts. 551 y 552); el decreto por el que se deniegue la personación de la acusación particular por considerar que no concurre la condición de víctima (arts. 566 y 567); y el decreto denegando la promoción del incidente para el aseguramiento de la prueba (arts. 594). En general, aunque esta posibilidad se valora positivamente en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, habría que establecer una mayor concreción tanto de los supuestos como de los efectos de la impugnación, concretando si el recurso tiene efecto suspensivo. También convendría prever la posibilidad de acudir a una instancia superior en los supuestos de desacuerdo entre el fiscal y el juez de garantías. De no hacerse así, una excesiva extensión de los decretos susceptibles de impugnación acabaría



limitando la capacidad decisoria del fiscal, asumiendo el juez de garantías una suerte de *función instructora* superpuesta a la investigación del Ministerio Fiscal, lo que además conlleva irremediabilmente la ralentización de la investigación. Asimismo, el Consejo Fiscal sugiere modificar el párrafo primero del art. 585.3 ALECrím, suprimiendo el vocablo «demás» referido a las partes personadas, pues el Ministerio Fiscal, como se ha expuesto, no es una parte más sino quien dirige el procedimiento de investigación.

**§ 107.** El **Título VI** del Libro IV viene referido a «la conclusión de la investigación», bien mediante su conclusión y archivo (Capítulo I, arts. 586 a 588), bien a través de su conclusión y continuación (Capítulo II, art. 589).

Distingue, pues, el Título VI dos posibilidades de conclusión del procedimiento de investigación una vez practicadas todas las diligencias necesarias.

Si concurrieren elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal, el/la fiscal dictará decreto acordando la conclusión del procedimiento de investigación, acompañado de escrito de acusación que se comunica al letrado de la administración de justicia para su notificación a las partes y a las víctimas no personadas. Las acusaciones personadas o la víctima que se persone en ese momento podrán presentar escrito de acusación en el plazo de diez días y el procedimiento se remitirá a la sección de enjuiciamiento para la fase intermedia.

Si no concurrieren elementos suficientes, el/la fiscal decretará la conclusión y archivo del procedimiento, que «procederá» en los supuestos previstos en el art. 586 ALECrím, que refunde los actuales en que puede decretarse el sobreseimiento provisional y libre de las actuaciones: i) cuando los hechos no tengan relevancia penal o no existieran indicios racionales de su comisión; ii) cuando la persona investigada aparezca exenta de responsabilidad sin que deba imponerse una medida de seguridad; iii) cuando no resulte acreditada su



participación; iv) cuando no existieran indicios racionales de la comisión de los hechos investigados; v) cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada. En tal caso, notificadas las partes de la forma anterior, las acusaciones tendrán diez días para solicitar al juez de garantías que les autorice para ejercitar la acción penal. De la solicitud se dará traslado por igual plazo al investigado y al fiscal para alegaciones, pudiendo disponer el juez que se practiquen las diligencias imprescindibles que en su día fueran denegadas por el Ministerio Fiscal. Si el juez considera justificada la petición, concederá autorización para ejercer la acción penal y el solicitante tendrá diez días para presentar escrito de acusación continuando el procedimiento o teniéndosele por desistido si no lo hiciera. Si el juez deniega la autorización o transcurrido el plazo sin que se presenten escritos de acusación, el letrado de la administración de justicia archivará el procedimiento, alzándose todas las medidas cautelares y cesando toda investigación.

En cuanto al decreto de conclusión y archivo, la enumeración de los supuestos de archivo resulta imprecisa, apartándose de formulaciones más claras como las del vigente art. 637 LECrim, y su formulación no debería ser taxativa pues deja fuera otros supuestos de exención de responsabilidad penal como la cosa juzgada o la prescripción.

El régimen de impugnación se valora positivamente y constituye una importante garantía para las acusaciones personadas o la víctima a la que se atribuye la oportunidad de personarse al efecto y pedir la revisión judicial del archivo de la causa sin ejercicio de la acción penal por el fiscal.

Más dudosa resulta la naturaleza de «autorización» que se da a esta intervención judicial, desde el punto de vista de la separación entre las funciones acusatorias del fiscal y de salvaguarda de derechos fundamentales del juez de garantías. Llama la atención que su intervención tenga por objeto



autorizar el ejercicio de una acción de la que no es titular en lugar de impedir el archivo injustificado del procedimiento de investigación en cuanto podría afectar al derecho de tutela judicial efectiva. Como venimos diciendo, más acorde con el nuevo rol del fiscal sería prever un mecanismo en que sea un superior jerárquico de este quien pueda revertir, a instancia de parte, la decisión de no ejercer la acción penal, sin perjuicio de un remedio judicial posterior.

Estas objeciones podrían también resolverse como se hace en otros sistemas procesales de nuestro entorno, que distinguen entre el decreto de conclusión del fiscal y la solicitud de archivo que se dirige al juez de garantías (podría incluso pensarse en el juez de la audiencia preliminar para evitar posibles decisiones contradictorias) a quien corresponde examinar y confirmar dicha petición. También resulta más respetuoso con la autonomía del Ministerio Público el actual modelo procesal penal portugués en el que la discrepancia con el archivo de la denuncia en la fase de *inquérito* puede dar lugar a la apertura de la instrucción, a fin de que el órgano judicial revise los fundamentos de la resolución de archivo y disponga la mera práctica de diligencias sin comprometer su imparcialidad. También puede solicitar la intervención del superior jerárquico del Ministerio Público que dictó el decreto de archivo que analizará dicha resolución, manteniéndola o revocándola. Puede, incluso, si dispusiera de nuevos elementos que invaliden los fundamentos invocados por el Ministerio Público en la resolución de archivo, solicitar la reapertura de la investigación del procedimiento por parte del fiscal.

La regulación que propone el Anteproyecto es confusa en cuanto a la situación procesal del fiscal para el caso en que las acusaciones quieran ejercer la acción penal y el juez de garantías lo habilite, al no estar prevista su intervención formulando escrito de defensa en el trámite intermedio. También resulta confuso encomendar las notificaciones (arts. 586.4 y 589.2 ALECRim) al letrado de la Administración de justicia, dada la inexistencia de relación



funcional con el Ministerio Fiscal, y que es este y no el órgano judicial el que está investigando y resolviendo sobre esa investigación.

Por último, en el caso de que el juez de garantías considere que deben practicarse nuevas diligencias antes de concluir la investigación, se dispone expresamente que deberá hacerlo el fiscal encargado del caso. Dado que el Anteproyecto permite relación directa del juez con la policía judicial y que el fiscal no las habrá considerado necesarias, se sugiere que se encargue directamente su práctica a aquellos funcionarios.

**§ 108.** En el art. 590 ALECrim, único precepto que integra el **Título VII**, se regula «la reapertura de la investigación» que solo será posible a petición del fiscal, de oficio o a instancia de parte, si se archivó el procedimiento por falta de indicios racionales de la comisión del hecho delictivo o de elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada, y aparecieran nuevos elementos o circunstancias que lo justifiquen. No será necesaria la solicitud si el procedimiento no hubiera llegado a dirigirse contra persona determinada.

El juez decide oídas las partes mediante auto recurrible en reforma por el Ministerio Fiscal si denegase la reapertura. El Anteproyecto no regula expresamente los efectos del acto de reapertura ni la forma en que ha de recabarse el procedimiento, supuestamente archivado bajo custodia del letrado de la administración de justicia.

De nuevo hay que comenzar lamentando la limitación que se impone al fiscal, incompatible con sus supuestas funciones de dirección de la investigación, y la desconfianza que tras ella subyace. Ello podría producir como reacción una posible extensión de los procedimientos por la necesidad de practicar todas las diligencias imaginables antes de decretar el archivo, al que se otorga efectos similares al de cosa juzgada. De nuevo podría invertirse este esquema,



admitiendo la posibilidad directa de reapertura al fiscal, que debería poder reabrir en cuanto fue quien decreto el archivo, siendo su decisión recurrible ante el juez. Es notoria la frecuencia con la que se producen archivos y reaperturas de procedimientos judiciales por diversos motivos en cualquier juzgado de instrucción español, sin que en nada afecte ello al derecho de defensa de los investigados.

Por otro lado, resulta muy problemático que solo se admita la reapertura en los supuestos que coinciden con el actual sobreseimiento provisional, pues implica dar efectos de cosa juzgada al decreto de archivo en los demás casos. Se considera que nuevas pruebas o revelaciones pueden justificar también la reapertura de la investigación en los demás casos, por lo que la posibilidad de reapertura debería extenderse a todos los supuestos previstos en el art. 586.

Finalmente, el recurso de reforma ante el juez de garantías, sin que se permita apelación de dicha resolución que impide proseguir el procedimiento, se considera manifiestamente insuficiente.

**§ 109.** El **Título VIII** (arts. 591 a 603 ALECrim) regula un incidente contradictorio para el *aseguramiento de fuentes de prueba* que podrá solicitarse al juez de garantías antes de la conclusión del procedimiento investigador (art. 592.2).

En relación a las personas menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la redacción de este precepto debe ser armonizada con las modificaciones de la actual LECrim introducidas por la LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Y ello referido tanto a la forma de preconstituir la prueba (actual art. 449 *ter* LECrim) como en la forma de introducción en el juicio oral (art. 703 *bis* LECrim vigente).



Se trata, en palabras de la exposición de motivos del Anteproyecto, de «una excepción a la regla general de la participación defensiva», cuyo objeto no es la generación anticipada de prueba sino un mecanismo legal de reacción ante el riesgo de pérdida de una fuente de prueba personal protagonizado por el juez de garantías. Como tal, sigue diciendo la exposición de motivos, el resultado del acto de aseguramiento solo accede al juicio oral cuando el riesgo se haya materializado, siendo imposible la práctica de la *genuina* prueba. Se exceptúan de este esquema general la declaración de personas vulnerables (menores y personas con discapacidad) en que se busca precisamente evitar la práctica de un examen contradictorio en el acto del juicio oral, de conformidad con las exigencias del derecho europeo y del denominado Estatuto de la Víctima.

El incidente podrá también promoverse ante el juez de la audiencia preliminar durante la fase intermedia (art. 592.2 ALECrím) si es entonces cuando se detecta el riesgo, pero si este aparece una vez abierto juicio oral se trataría de la práctica de prueba anticipada propiamente dicha, en la forma establecida en el art. 641 ALECrím.

Durante el procedimiento de investigación están legitimados para solicitar la práctica del aseguramiento al juez de garantías el Ministerio Fiscal, de oficio o a petición de las acusaciones, y la persona investigada (art. 593 ALECrím).

Como regla general (art. 594 ALECrím), las acusaciones deben pedir al fiscal que promueva el incidente, resolviendo este por decreto motivado, recurrible ante el juez de garantías por los trámites del art. 585 ALECrím si fuera desestimatorio.

Sin embargo, las acusaciones pueden pedir directamente al juez la práctica del incidente justificando la urgencia. Recibida la petición, el letrado de la administración de justicia dará traslado por tres días a las partes y al Ministerio Fiscal para que formulen alegaciones, y el juez dictará auto no recurrible en el



que establecerá los hechos objeto del incidente, personas que deban ser convocadas y la fecha de la comparecencia o su práctica inmediata en caso de urgencia (art. 598 ALECrím).

Al incidente de aseguramiento se aplicarán las disposiciones del juicio oral que rigen la prueba testifical o pericial de que se trate, sin perjuicio de las especialidades cuando se trate de la declaración de menores o personas con discapacidad (arts. 599 y 600 ALECrím). Se prevé la intervención del letrado de la administración de justicia para dejar constancia documental de su práctica (art. 601 ALECrím).

Por último, el art. 603 ALECrím prevé la posibilidad de solicitar la ampliación de la declaración con posterioridad a la práctica del incidente de aseguramiento de descubrirse hechos nuevos «relevantes para evaluar la credibilidad del testigo o del perito o la fiabilidad de sus informaciones».

El incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba regulado en el Título VIII es similar al incidente probatorio previsto en otros sistemas de nuestro entorno<sup>11</sup> al objeto de anticipar la adquisición o formación de la prueba durante la fase de investigación.

Adolece su regulación de una redacción difícil, que parece derivarse del esfuerzo por evitar referencias a la *prueba anticipada* y por referirse al *aseguramiento de la fuente de prueba*. Perífrasis un tanto artificiosa para aludir, como dice la exposición de motivos y aunque no se recoja expresamente en el articulado, a fuentes de prueba *personales*, es decir, a declaraciones de un testigo, perito o de la propia persona investigada. Esta complejidad se aprecia ya en el primer artículo (art. 591 ALECrím) del que no se deriva del claramente el carácter taxativo o meramente ejemplificativo de los supuestos enumerados,

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, arts. 392 ss. del Código Procesal Penal italiano



puesto que el apartado primero parece establecer una regla general y el segundo unos motivos en los que «en todo caso se iniciará el incidente si así se solicita». Sería conveniente aclarar si con esta expresión se está aludiendo a los supuestos taxativos en que puede solicitarse el aseguramiento o si se trata más bien de una regla que obligaría al fiscal o al juez a acordar la promoción o la celebración del incidente.

De forma similar, no se comprende bien la concordancia del art. 591 ALECrím —supuestos en que se puede proceder al aseguramiento de prueba— con el art. 602 ALECrím que solo permitirá su uso «si llegara a producirse la falta efectiva de disponibilidad del medio de prueba que lo motivó». En los casos de fallecimiento o ausencia justificada, el Anteproyecto es meridiano; pero en los supuestos de menores de edad y personas con discapacidad la reproducción en juicio oral de la grabación realizada con anterioridad se deja al arbitrio judicial; y en el caso de las personas amenazadas, no se resuelve de forma objetiva cómo debe valorarse.

Nuevamente se sustrae en gran medida al fiscal la adopción de una diligencia que es esencial para hechos cometidos sobre menores o personas con discapacidad, siendo el juez de garantías a quien se atribuye la decisión de su práctica y sin que se prevea la posibilidad de recurso contra su resolución.

Como excepción a la regla de que las acusaciones no se pueden dirigir al juez de garantías, se permite que por razones de urgencia puedan solicitar el aseguramiento de las fuentes de prueba. Esto puede ser un auténtico *coladero* de peticiones directas, ya que quien valora la urgencia es la parte. Además, habiendo siempre fiscales de guardia, además de equipos fiscales, no se visualiza el supuesto por el que el control previo del fiscal pueda obviarse, máxime cuando la ley habla del «juez competente» y habilita la decisión sin audiencia, lo que podría determinar que el fiscal director de la investigación quedara completamente al margen de la decisión. En cualquier caso, mantener



la doble vía resulta disfuncional: o bien la solicitud se hace siempre por o ante el/la fiscal —solución deseable en el modelo que se propugna—, bien la solicitud se efectúa directamente al juez.

Con todo, la principal carencia de la disposición, es haber limitado en el apartado c) del art. 591.2 ALECrím los supuestos de testigos que no deben ser sometidos a examen contradictorio de las partes en el juicio oral, y el art. 602.2 la utilización en el juicio oral de sus declaraciones grabadas a los testigos menores y con discapacidad. Aunque esta previsión es en sí positiva, el prelegislador desaprovecha la oportunidad de extenderla a otras víctimas vulnerables que deban intervenir como testigos, como en el caso de delitos de violencia de género o contra la libertad sexual, dando contenido a la prohibición de victimización secundaria que proclama en otras partes del Anteproyecto.

Con ello, además, se podrían estar incumpliendo obligaciones que ya impone el derecho comunitario. Por ejemplo, el art. 12.4 de la Directiva 2011/36 en materia de víctimas de trata de seres humanos cuando dispone que sin perjuicio de los derechos de defensa y con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima, los estados miembros velarán por que estas reciban un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria evitando la repetición innecesaria de interrogatorios durante la investigación o el juicio. Igualmente, el art. 20 de la Directiva de Víctimas 2012/29 establece también que el número de declaraciones de las víctimas deben ser el menor posible, lo que llevaría a cuestionar si la previsión del art. 603 resulta suficientemente protectora de los derechos de las víctimas.

En definitiva, entendemos que lo que aparece como excepción en los arts. 591.2.c) y 602.2 ALECrím debería ser la regla general y extenderse con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima siempre que sea necesario para prevenir la victimización secundaria. Este parece ser también el enfoque que el prelegislador utiliza en una disposición



anterior, el art. 20.2 ALECrím cuando señala que «[c]arecerán de valor probatorio las diligencias practicadas en la fase de investigación salvo las practicadas en incidente contradictorio ante la autoridad judicial para el aseguramiento de las fuentes de prueba cuando sea previsible que no se obtendrán en el acto del juicio o cuando resulte necesaria su práctica en condiciones adaptadas a la especial vulnerabilidad de las personas que hayan de declarar».

Por último, en aras de una adecuada protección de las víctimas, debería restringirse, sometiéndola a garantías, la posibilidad de promover el incidente de ampliación previsto en el art. 603 ALECrím para evitar su uso abusivo, que podría resultar contrario a los principios del interés superior del menor y la protección de víctimas especialmente vulnerables, evitando el riesgo de doble victimización.



**ADENDA QUINTA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Libro V. *De la fase intermedia***



§ 110. El **Libro V** del Anteproyecto («de la fase intermedia») se articula a través de cuatro títulos (arts. 604 a 631): Título I (escritos de acusación y defensa); Título II (procedimiento de la fase intermedia); Título III (resolución del juicio de acusación); y Título IV (la apertura del juicio oral).

§ 111. El **Título I** se integra por dos capítulos relativos a los escritos de acusación y defensa (arts. 604 a 612).

El Título se abre con la declaración de que la acción penal se ejercita mediante el escrito de acusación, relegando así la investigación a una mera fase preparatoria. Efectivamente, la exposición de motivos la conceptúa como «fase preparatoria del proceso» y señala que «la fase jurisdiccional se inicia con la interposición de la acción —esto es, con la presentación de la acusación en la fase intermedia—», de manera que es en esta fase intermedia cuando «adquieren las actuaciones pleno carácter jurisdiccional».

Encontramos, sin embargo, a lo largo del articulado contradicciones a esta premisa. Así, en el caso de la acción popular se tiene por ejercitada la acción penal con la mera presentación de querrela (art. 120.1 ALECrím)

La naturaleza meramente preparatoria del procedimiento de investigación plantea diversas problemáticas. Por un lado, no parece compaginarse con la recurrente intervención judicial a través de la figura del juez de garantías, el cual ostenta múltiples competencias durante la fase de investigación más allá incluso de las referidas al control de derechos fundamentales, así como con la posibilidad de adopción de medidas cautelares restrictivas de estos derechos en una fase concebida como de carácter preprocesal.

Se suscita también la cuestión de los efectos interruptivos de la prescripción de la actividad investigadora y del decreto de iniciación, que no aparece resuelta al no estar el Anteproyecto acompañado de la correlativa modificación del Código



Penal. La exposición de motivos sí recoge una voluntad manifiesta de otorgar dichos efectos a la primera comparecencia de la persona investigada, señalando esta como «el momento en que se interrumpe el plazo de prescripción del delito en relación con la persona a la que se transmiten provisionalmente los posibles cargos», anuncio que —como decimos— carece luego de correlato normativo y resulta contradictorio con lo dispuesto en el vigente art. 132.2 CP.

El momento para entender producida la interrupción de la prescripción no parece adecuado que sea el de la primera comparecencia del investigado, pues no es el traslado de la imputación lo que determina la interrupción de la prescripción sino la resolución —que pasaría a ser del fiscal a través del correspondiente decreto— a través de la que se dirige el procedimiento contra una persona determinada.

La naturaleza meramente preparatoria de la fase de investigación puede tener consecuencias en relación con la prescripción de la acción civil por cuanto esta no se entiende ejercitada hasta el momento de la presentación del escrito de acusación. Ello adquiere especial relevancia en el supuesto de terminación anticipada del procedimiento, como es el caso de la conformidad penal pero no civil.

La propia configuración de la audiencia preliminar como un verdadero *juicio antes del juicio*, con su práctica de prueba y sus conclusiones, que se extiende no solo a valoración de dicha actividad probatoria sino también a la depuración de la misma, consideramos que ha de ser replanteada.

Sin perjuicio de otras consideraciones, desde el punto de vista meramente práctico, la celebración de la audiencia preliminar siempre que haya impugnación de la acusación provocará dilaciones en los señalamientos y supondrá una ralentización procedimental. No olvidemos que es muy posible



que la audiencia se pueda alargar durante varias sesiones en atención a la complejidad de la causa y a las diligencias que se hayan de practicar.

Resultaría más adecuada la opción de celebrar vista oral únicamente cuando resultara imprescindible, resolviendo con carácter general el juez tras las alegaciones escritas de las partes.

Esta parece ser la posición de la exposición de motivos al anunciar que «solo se celebra vista en la fase intermedia cuando el juez de la audiencia preliminar lo considera imprescindible según su prudente arbitrio», lo que constituye una contradicción no resuelta satisfactoriamente en el articulado del Anteproyecto, dado que su art. 616 ALECrím establece imperativamente su celebración siempre que el escrito de defensa impugne la acusación.

El objeto de la audiencia debería, por otra parte, ceñirse al juicio de acusación, descartando la función depuradora de la ilicitud de la prueba que, por su propia naturaleza, en muchas ocasiones precisará de una amplia actividad probatoria que debería dejarse a la valoración en sentencia por el órgano de enjuiciamiento, mucho mejor situado para ello.

La adecuada apreciación de la ilicitud de la prueba requerirá de ordinario la práctica de la totalidad de la propuesta, lo que supone una vana reproducción anticipada de lo que será el juicio oral. Ha de tenerse en cuenta que estas alegaciones recaen principalmente sobre aquellas obtenidas a través de diligencias limitativas de derechos fundamentales —ya autorizadas por el juez de garantías—, por lo que se habrá de valorar si existían indicios suficientes para su adopción y cómo se desarrolló su práctica, con la carga probatoria que ello conlleva.

Por otra parte, sustraer a la defensa la posibilidad de reproducir su alegación en el acto de juicio oral priva al órgano de enjuiciamiento de entrar a valorar la



legalidad de la prueba que ante él se está practicando, a pesar de ser —como decíamos— el tribunal mejor posicionado para ello. Incluso, podría dar lugar a resoluciones contradictorias si a la vista de lo practicado en el acto del juicio oral se apreciase de oficio la ilicitud de la prueba por haberse vulnerado derechos fundamentales, *ex art. 240.2 LOPJ*.

Se propone, por consiguiente, la eliminación de la función depuradora de la prueba, ciñéndose la audiencia preliminar al juicio de acusación. A estos efectos, la defensa podría solicitar aquellas diligencias útiles y pertinentes que hubieran sido solicitadas y no practicadas en el curso de la investigación. Las diligencias admitidas serían practicadas por el juez de la audiencia preliminar, decidiendo tras ello en función del contenido de la investigación y de las alegaciones de las partes. La vista se celebraría únicamente en aquellos supuestos en los que resultara imprescindible para resolver.

Como novedad, el escrito de acusación (art. 604 ALECrím) consta de dos escritos separados: la calificación provisional y la proposición de prueba, por un lado, y la fundamentación de la acusación, por otro.

Esta exigencia de fundamentación no parece tener otro fin que preparar el eventual juicio de acusación que se suscitará en la audiencia preliminar en el caso de que la defensa impugne la acusación.

Por tanto, si no se abre el trámite de audiencia preliminar, la fundamentación de la acusación deviene innecesaria y superflua, pues se trata además de un escrito destinado a su exclusión del procedimiento *ex art. 629.1 ALECrím*.

La supresión de esta sucinta fundamentación no genera ninguna indefensión a la persona investigada, pues ya estará incluida en la motivación del decreto de conclusión. A su disposición se habrá puesto, además, tanto el procedimiento



de investigación (art. 614 ALECrím) como el escrito de acusación (art. 589 ALECrím).

El contenido de la calificación provisional que recoge el art. 605 ALECrím no difiere sustancialmente de lo previsto en el vigente art. 650 LECrím.

En relación a los hechos punibles, se precisa que «en ningún caso podrán incluirse hechos que no hayan sido comunicados a la persona investigada en la comparecencia de los arts. 557 y 561 de esta Ley», esto es, en la primera comparecencia para el traslado de cargos o en aquella que se practique para aplicación del objeto de la investigación. Es esta una precisión de la que podría prescindirse, ya que resulta obvio que la acusación no se puede ejercitar respecto de hechos que no han sido objeto de información a la persona investigada, pues dicha comunicación forma parte esencial de su derecho de defensa (SSTC 105/1983, 11/1992, 36/1996, 19/2000, 278/2000, 182/2001, 170/2002, 33/2003, 40/2004, 113/2018,) y se encuentra recogido ya en el art. 51 ALECrím.

En cuanto a la proposición de prueba, el art. 606 se pronuncia en similares términos que el actual art. 781.1.2 LECrím. Se establece expresamente la necesidad de designar particulares del procedimiento de investigación que han de ser testimoniados para el juicio oral, lo que evidencia de nuevo que nos encontramos ante un procedimiento de base eminentemente documental.

Es posible solicitar el aseguramiento de prueba, con remisión al incidente previsto en los arts. 591 y ss. ALECrím, posibilidad que ya había sido recogida en el art. 592.2 ALECrím.

Se exige la inclusión de una justificación de la pertinencia y utilidad de la prueba. Nos hemos de remitir, por tanto, a lo establecido en el art. 161 ALECrím, que adapta las disposiciones del art. 283 LEC al proceso penal. Por



su ubicación sistemática, esta justificación debe hacerse constar en el propio escrito de acusación, lo que puede suponer una excesiva prolijidad del mismo, en particular en aquellos supuestos de procedimientos complejos en los que el material probatorio sea especialmente extenso.

En escrito separado se ha de presentar la fundamentación de la acusación (art. 607 ALECrim), que deberá contener los indicios racionales de criminalidad que resulten de la investigación y que justifiquen la pretensión acusatoria.

Como se ha dicho anteriormente, este escrito resultará innecesario en el caso de que no exista impugnación de la acusación y, por tanto, no proceda la celebración de la audiencia preliminar. De hecho, el art. 629.1 ALECrim establece que «[e]l letrado de la Administración de Justicia se asegurará de que el testimonio de las calificaciones no incluya los escritos de fundamentación e impugnación de la acusación», lo que convierte a dicho escrito en un acto estéril, destinado a ser desechado del procedimiento.

**§ 112.** El escrito de defensa (art. 608 ALECrim) está compuesto por la impugnación, en su caso, de la acusación formulada promoviendo lo que se denomina el *juicio de acusación*, la calificación provisional y la proposición de prueba.

En cuanto a la sistemática del precepto, a diferencia del escrito de acusación, la calificación provisional y la proposición de prueba se recogen en apartados distintos. No prevé que la impugnación de la acusación se haga en escrito aparte, como sí se establece para la fundamentación de la acusación, sino únicamente en apartado separado.

Los motivos de la impugnación de la acusación son tasados (art. 609): el carácter ilícito de la prueba y la improcedencia de la apertura del juicio oral por concurrir un supuesto de sobreseimiento.



Como se ha dicho, la función de depuración de la prueba ilícita que se confiere en exclusiva al juez de la audiencia preliminar puede producir importantes disfunciones y se propone, por tanto, su eliminación.

**§ 113.** El **Título II** del Libro V («procedimiento de la fase intermedia») se compone de dos capítulos: Capítulo I (arts. 613 a 616) relativo a la presentación de los escritos de defensa y Capítulo II (arts. 617 y 618) dedicado a la audiencia preliminar.

**§ 114.** La salvaguarda del derecho de defensa que se pretende obtener a través del art. 615 ALECrím no se consigue en el supuesto de incumplimiento del plazo de diez días para la presentación del escrito de defensa, puesto que la consecuencia es la concesión de un nuevo plazo de 24 horas con el mismo objeto. Dada la importancia que se concede a este y a la fase intermedia, no parece que dicha solución suponga una garantía adicional para el acusado.

No se concreta tampoco a qué tipo de responsabilidad del letrado, derivada de la falta de presentación del escrito de defensa, se refiere el precepto. Aunque se infiere que se trata de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, lo que parece dudoso al tratarse de la renuncia de un derecho.

La redacción del art. 616 ALECrím establece de manera imperativa la celebración de la audiencia preliminar en el caso de que en el escrito de defensa se impugne la acusación («se procederá a la celebración»). Nos remitimos aquí a lo argumentado respecto a la contradicción con lo recogido en la exposición de motivos, que no está satisfactoriamente resuelta en el articulado del Anteproyecto.

Asimismo, no se establece el momento, plazo y forma de señalamiento de la audiencia preliminar una vez recibido el escrito de defensa impugnando la acusación. Resulta necesario que este extremo se regule expresamente.



§ 115. El **Capítulo II** del Título II regula la denominada «audiencia preliminar» (arts. 617 y 618).

No precisa el Anteproyecto en qué momento se produce el señalamiento de la audiencia preliminar (art. 617 ALECrím), si al comienzo del trámite tras la recepción del escrito de defensa o después de las alegaciones escritas y de la decisión de admisión.

Si la convocatoria de la audiencia preliminar y la fijación de fecha se produce antes de la decisión sobre la admisión de diligencias, no será posible conocer el número y entidad de las mismas, lo que puede generar problemas de señalamiento, al no ser previsible el tiempo y sesiones que requerirá su celebración. Si el señalamiento se produce con posterioridad a la admisión de diligencias, se debería establecer un plazo para el mismo.

Se entiende más adecuada la sujeción a las normas de la práctica de diligencias de la investigación, más acorde a su propia naturaleza, si bien llevándose a cabo por el juez de la audiencia preliminar y debiendo incorporarse a la investigación a fin de resolver sobre el juicio de acusación.

La remisión a las normas de la práctica de la prueba en juicio oral abunda en la concepción de la audiencia preliminar como un *juicio antes del juicio*, con la reduplicación procesal que conlleva —y a la que ya nos hemos referido— con perniciosos efectos incluso de victimización secundaria.

La regulación de la tramitación de la audiencia preliminar (art. 618 ALECrím) revela de nuevo que se trata de un *juicio antes del juicio*, con su actividad probatoria y sus informes finales, por lo que no redundaremos más en lo ya señalado *supra*.



El juez podrá examinar por sí mismo el procedimiento de investigación, lo que no puede entenderse como una mera facultad sino como una obligación, pues un previo examen será necesario para decidir sobre la admisibilidad de las diligencias y resolver sobre la suficiencia de la acusación. No parece apropiada una resolución —de tal envergadura y con efectos de cosa juzgada— en base únicamente a las alegaciones de las partes y las diligencias practicadas a instancia de la defensa sin haberse examinado pormenorizadamente el contenido de la investigación.

La audiencia preliminar puede ser pública si existe interés informativo relevante. Esta previsión genera dudas en tanto en cuanto en dicha audiencia se practicarán diligencias destinadas a ser reproducidas posteriormente en el acto de juicio oral. Su publicidad puede generar indeseables riesgos de contaminación y de producción de juicios paralelos, incluso de victimización secundaria.

**§ 116.** El **Título III** («resolución del juicio de acusación») se compone de dos capítulos: Capítulo I (arts. 619 a 621) relativo a la depuración de la prueba ilícita y Capítulo II (arts. 622 a 627) dedicado al instituto del sobreseimiento.

**§ 117.** En cuanto al precepto que inicia el Título III (art. 619), nos remitimos a lo ya expuesto en relación a la problemática que suscita la función depuradora de la prueba en la audiencia preliminar.

Nuevamente se reitera la alusión a los efectos de la prueba ilícita, lo que resulta innecesario, más aún cuando ya el art. 11.1 LOPJ priva de efectos a las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando derechos o libertades fundamentales.



Resultaría más adecuado hacer referencia a la vulneración de derechos fundamentales, en coherencia conceptual y terminológica con el citado art. 11.1 LOPJ, que a su validez constitucional.

Respecto a los arts. 620 y 621 ALECrím, se reproduce la argumentación expuesta *supra* sobre la mejor posición del tribunal de enjuiciamiento para la valoración de la eventual ilicitud de la prueba.

**§ 118.** El **Capítulo II** del Título III regula el instituto del sobreseimiento (arts. 622 a 627).

El art. 622.1 ALECrím recoge como motivos de sobreseimiento la inexistencia de indicios racionales de perpetración del hecho, la atipicidad del mismo, la prescripción y la cosa juzgada. No existe objeción al respecto.

Los dos primeros motivos se corresponden con las causas 1ª y 2ª de sobreseimiento libre previstas en el vigente art. 637 LECrím. No se incluye, sin embargo, el motivo 3º de dicho precepto, esto es, que concurra causa de exención de la responsabilidad criminal, que sí se contempla en el art. 586.2.b) ALECrím como motivo de conclusión y archivo. Se observa así cierta disparidad entre los motivos de sobreseimiento y los de archivo, pues tampoco se incluye el previsto en el art. 586.2.b) ALECrím, si bien puede considerarse incluido en la letra a) del apartado 2.

El apartado 2 del art. 622 ALECrím incluye otros dos motivos de sobreseimiento: i) la falta de fundamentación suficiente de la acusación; y ii) el retraso indebido de la celebración de la primera comparecencia que haya causado un perjuicio irreparable a la defensa.

El apartado 3 del art. 622 ALECrím parece dar definitivamente carta de naturaleza a la doctrina *Botín*, impidiendo que se abra juicio oral solo a



instancia de la acusación popular cuando ni la víctima ni el Ministerio Fiscal acusen, aunque solo para los «delitos que protejan exclusivamente bienes jurídicos individuales». Urge una aclaración de dicho concepto, que parece referido a los delitos denominados privados o semiprivados, siendo recomendable un listado expreso

El art. 623 regula el sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación, considerando su concurrencia cuando la acción penal sea manifiestamente improsperable.

Se trataría del verdadero juicio de acusación. Debe reflexionarse aquí sobre el concepto de *acción manifiestamente improsperable*, esto es, sobre la entidad de la carga indiciaria —que no probatoria— que corresponde a la fase intermedia, no pudiendo exigirse en este momento procesal una enervación de la presunción de inocencia propia del juicio oral que podría derivarse de esa concepción de la audiencia preliminar como *juicio antes del juicio* que erija al juez en una suerte de presentenciador.

A este respecto, el apartado 2 del art. 623 ALECrím entiende en todo caso como tal:

- i) La acusación basada únicamente en la declaración de una persona coacusada, sin otros elementos de corroboración del contenido de su declaración, lo que va en línea con la doctrina constitucional (SSTC 115/1998, 68/2001, 68/2002).
- ii) La acusación fundamentada exclusivamente en un testimonio de referencia no corroborado por otros elementos objetivos, lo que se ajusta a la jurisprudencia sobre este extremo (SSTS 597/2017, de 24 de julio; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; 681/2010, de 15 de julio; 757/2015, de 30 de noviembre; 586/2016, de 4 de julio, entre otras).



iii) La atribución del hecho a la persona acusada únicamente en base a su identificación visual sin ningún elemento de corroboración.

El Anteproyecto opta así, de nuevo, por restar todo valor a la diligencia de rueda de reconocimiento y a la identificación visual, pues el art. 312.1 ALECrím no le otorga más efecto que el de fuente de investigación y el art. 693.3.c) ALECrím impone el dictado de sentencia absolutoria cuando la prueba de cargo se base exclusivamente en aquélla.

Sin embargo, la práctica diaria evidencia que el reconocimiento en rueda y/o las identificaciones visuales constituyen indicio básico —y posterior prueba de cargo a través de la correspondiente ratificación— de la autoría en muchos y graves delitos, como agresiones sexuales que no hayan dejado restos biológicos y/o evidencias físicas, los cuales quedarían irremediabilmente destinados a su anticipado archivo aun cuando la víctima hubiera reconocido sin ningún género de dudas a su agresor e, incluso, cuando exista una identificación visual positiva por una multiplicidad de testigos y/o víctimas, lo que generaría insoportables espacios de impunidad.

La valoración de dicha diligencia se ha de dejar a la libre apreciación del juez. En este sentido, señala la jurisprudencia (*v. gr.* SSTS 16/2014, de 30 de enero; 503/2008, de 17 de julio; 1386/2009, de 30 de diciembre) que los reconocimientos alcanzan el nivel de prueba cuando «se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio



cruzado de las partes. (...) En definitiva, para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen».

Se sustrae de este modo al órgano de enjuiciamiento la valoración de un medio de prueba practicado con todas las garantías a través de la declaración y ratificación en el acto de juicio oral y aboca irremediabilmente a la impunidad de aquellos delitos —algunos de ellos de sobresaliente gravedad— cometidos por personas desconocidas para la víctima cuando no ha habido evidencias físicas, generando —como decimos— indeseables espacios de impunidad que lesionen los derechos de las víctimas y resten eficacia a la administración de justicia en su respuesta a las necesidades sociales.

El art. 624 ALECrim determina como causa de sobreseimiento el retraso indebido en la celebración de la primera comparecencia que cause un perjuicio irreparable, entendiendo por tal, en todo caso, el que haya impedido obtener o asegurar las fuentes de prueba que pudieran evidenciar la falta de responsabilidad criminal.

No resulta atendible que toda fuente de prueba de estas características siga el mismo criterio, sino que habría de estarse al conjunto de lo actuado en la investigación a fin de realizar un adecuado juicio de ponderación. Este motivo de sobreseimiento aparece como una consecuencia a todas luces desproporcionada, habida cuenta además de la dificultad de determinar la hipotética relevancia que la prueba hubiera tenido de haberse practicado, carga esta que debe recaer en la parte que la alega.



De acuerdo con el párrafo segundo del apartado 1 del precepto, incluso en el caso de que no exista dicho perjuicio irreparable, el juez puede acordar la nulidad de los actos realizados sin previo traslado de cargos y las pruebas que de ellos deriven.

No debe poder admitirse la posibilidad de decretar la nulidad de un acto sin que se exija que el mismo haya producido una indefensión real y efectiva, pues solo la indefensión material tiene trascendencia en la vulneración del derecho de defensa, según constante doctrina constitucional (SSTC 48/1986, 130/02, 233/05, 23/93, 316/94, entre otras). Por ello, «la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando cómo se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada» (STS 539/15, de 10 de octubre).

Siendo razonable que el legislador permita al acceso a la casación de modo limitado y excepcional para autos que resuelvan cuestiones de especial relevancia, no lo es que excluya de la misma a los autos de sobreseimiento. El Anteproyecto establece en su art. 158 que los autos de sobreseimiento tendrán efecto de cosa juzgada al igual que las sentencias, una previsión que repite en sus arts. 176.6, 179.4 y 627.1. A lo largo de su articulado equipara en numerosas ocasiones la eficacia del auto de sobreseimiento y la sentencia (extinción de la caución y de las medidas cautelares, destrucción de documentos y grabaciones, condena en costas, etc.). En cualquier caso, es innegable que el auto de sobreseimiento produce los mismos efectos procesales que una sentencia absolutoria, por lo que no parece razonable excluirlo del control casacional, al menos cuando en el proceso aparezca un sujeto imputado, situación que en el Anteproyecto se sustituye por la formulación provisional de cargos.



Si las resoluciones sobre prescripción del delito o la acumulación de condenas son susceptibles de casación, con mayor motivo debe de serlo el sobreseimiento, al menos, en determinados supuestos.

No podemos admitir estos efectos de cosa juzgada en supuestos de sobreseimiento que actualmente tienen carácter de provisional —los recogidos en el apartado segundo del art. 622 ALECrím—, pues ello generará indeseables e inaceptables espacios de impunidad.

La exposición de motivos del Anteproyecto, al abordar la fase intermedia del procedimiento, contiene diversas referencias al sistema recogido por la Ordenanza Alemana y el Estatuto de Roma. Pues bien, no es este el modelo que siguen los textos citados. La Ordenanza permite la reanudación de la acusación en base a nuevos hechos y pruebas y el Estatuto de Roma señala en su art. 61.8 que «la no confirmación de un cargo por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares no obstará para que el fiscal la pida nuevamente a condición de que presente pruebas adicionales».

Esta previsión parece basarse en un infundado principio de desconfianza que corrobora la propia exposición de motivos cuando sorprendentemente declara que «el acusador, por tanto, no podrá presentar la acción penal con una intención meramente exploratoria. Deberá asumir que las consecuencias del ejercicio de la acción contra un ciudadano son siempre definitivas». Ello resulta inasumible, por cuanto el Ministerio Fiscal no solo se rige por los principios de legalidad e imparcialidad, sino que es su función constitucional intrínseca la de velar por la defensa de la legalidad y los derechos de la ciudadanía.

La causa sobreseída debe poder ser reabierta cuando aparezcan nuevas pruebas o indicios, cuando la insuficiencia de ellos fuera el motivo en que se base el sobreseimiento. Otra cosa supone crear espacios de impunidad y una



injustificada restricción del *ius puniendi* del Estado y del interés público en la persecución del delito y sus autores.

A mayor abundamiento, en aquellos supuestos en que el sobreseimiento derive de la declaración de ilicitud de una diligencia de prueba se privaría al Ministerio Fiscal y a las acusaciones de la posibilidad de acreditar el extremo a través de otros medios probatorios.

Podemos plantearnos también la restricción que supondría para el futuro ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal en aquellos casos en que la fase intermedia se hubiera incoado a instancia únicamente de otras acusaciones cuando se hubiese acordado el archivo.

Por fin, resulta problemático también que las medidas cautelares se alcen inmediatamente y en todo caso, sin esperar a la firmeza de la resolución.

**§ 119.** El **Título IV** regula «la apertura del juicio oral» (arts. 628 a 631).

El art. 629 ALECrím dispone que a petición de parte se puede incluir testimonio de las actas de aseguramiento de fuentes de prueba, las de diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral, y la prueba documental propuesta, acompañado de los soportes audiovisuales o informáticos en los que consten. La formación de testimonios podrá sustituirse por el acceso a los particulares del expediente electrónico allí donde se haya implantado.

Como se ha dicho, un proceso penal del siglo XXI ha de tener como presupuesto una administración de justicia moderna y digitalizada, con una implantación satisfactoria en todo el territorio nacional. No resulta atendible, por consiguiente, que un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en 2020 parta de una concepción eminentemente documental del



procedimiento que ya nace, en consecuencia, obsoleta. La previsión debería ser la contraria, esto es, que la formación de testimonios fueran la excepción en aquellos territorios donde aún no se hubiera implantado el expediente digital.

El último apartado del art. 629 ALECrím prevé que hasta el momento del emplazamiento se puede solicitar el aseguramiento de prueba ante el juez de la audiencia preliminar en los casos del art. 591.2. a) y b) ALECrím. Existe una cierta incongruencia con el art. 592.2 ALECrím que permite promover el incidente en cualquier momento previo al emplazamiento sin establecer ninguna limitación de supuestos.

El art. 630 ALECrím reitera de nuevo expresamente la prohibición de acceso al juicio oral del material de la investigación, tanto de las declaraciones de testigos o exposiciones orales de peritos no aseguradas, como las actuaciones policiales, salvo las no reproducibles.

Ello constituye una merma a la capacidad probatoria de las partes, que no podrán someter a contradicción ni incorporar al plenario pruebas testificales que, por causa de fuerza mayor, hayan resultado de imposible práctica por razones imprevistas y sobrevenidas, sin que por ello no hubieran sido objeto de aseguramiento. Todo ello sin perjuicio de la valoración que realice el tribunal de enjuiciamiento.

Finalmente, en cuanto al art. 631 ALECrím, se reitera lo ya señalado anteriormente en cuanto a la concepción del Anteproyecto como un proceso penal eminentemente documental.



**ADENDA SEXTA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Libro VI. *Del juicio oral***



**§ 120.** El **Libro VI** del Anteproyecto («del juicio oral») se integra por cinco títulos: Título I (arts. 632 a 641, la preparación del juicio oral); Título II (arts. 642 a 651, disposiciones generales sobre el acto del juicio); Título III (arts. 652 a 686, el desarrollo del juicio oral); Título IV (arts. 687 a 691, la conclusión del juicio oral); Título V (arts. 692 a 700, la sentencia).

**§ 121.** El **Título I** del Libro VI se divide en dos capítulos relativos a la admisión de la prueba, y el señalamiento del juicio y la práctica anticipada de prueba.

En relación con el art. 632 ALECrím (*motivos de impugnación*), se propone que el prelegislador concrete el plazo para que las partes puedan impugnar las pruebas propuestas de un modo más preciso. A tal fin, se sugiere se conceda un plazo de cinco días a contar desde la notificación del escrito de acusación o defensa.

Asimismo, se estima necesario suprimir el distinto tratamiento que se ofrece a las posibilidades de recusación del perito, según hubiera sido propuesto por el/la fiscal o por el resto de las partes. Resulta paradójico ofrecer distinto tratamiento a la prueba pericial propuesta por el fiscal y a la propuesta por el resto de acusaciones personadas, pues no se alcanza a comprender el fundamento que pudiera justificarlo.

En otro orden de cosas, tampoco se estima apropiado introducir diferencias en la admisibilidad de la prueba pericial en función de que esta hubiera sido propuesta por la defensa o las acusaciones, estimándose más acertado permitir en todos los casos su libre valoración por la autoridad judicial, principio esencial tal y como nos recuerdan las SSTC 69/2001, de 17 de marzo; 126/2011, de 18 de julio; y 55/2015, de 16 de marzo; o las SSTS 349/2019, de 4 de julio, y 507/2020, de 14 de octubre.



Se valoran negativamente las previsiones del art. 634 ALECrim (*celebración de vista*), en cuya virtud «cuando el tribunal lo considere necesario para resolver sobre la admisión o la ordenación de la práctica de la prueba, y aun cuando no se hayan formulado impugnaciones, dispondrá la celebración de vista, a la que serán convocados el Ministerio Fiscal, los abogados de las partes y las personas acusadas».

Se trata de una posibilidad innecesaria pues en este momento procesal el tribunal tan solo debe pronunciarse acerca de la pertinencia y utilidad de la prueba propuesta, razón por la que, en caso de duda y al objeto de garantizar el derecho de las partes a la prueba, debiera admitirse la práctica de todas aquellas que no se considerasen manifiestamente innecesarias o impertinentes.

A mayor abundamiento, debe apostillarse que la celebración de vista en estos casos contribuirá a aumentar la duración de un proceso que ya en las anteriores fases se revela como sumamente lento y tedioso en su tramitación.

En relación con el art. 635 ALECrim (*admisión de prueba*), debe insistirse una vez más acerca de la necesidad de suprimir el distinto tratamiento procesal que se ofrece a los supuestos en que concurra causa de recusación del perito en función de que este hubiera sido propuesto por el Ministerio Fiscal o por el resto de las partes personadas. Así, según el art. 635.2 b), el Tribunal podrá rechazar de oficio la práctica de un medio de prueba «cuando se trate de la declaración en el juicio oral de los peritos autores de los informes emitidos por los laboratorios oficiales, siempre que la proposición no esté debidamente justificada». Por su lado, el art. 635.4 señala que «[a]simismo, inadmitirá la pericial propuesta por el fiscal cuando estime que concurre una causa de recusación que haya sido oportunamente alegada».



En otro orden de cosas, se interesa se añada un nuevo apartado al art. 635 ALECrím al objeto de prohibir de forma expresa la admisibilidad de las periciales jurídicas, cuyo objeto verse sobre la interpretación y aplicación del derecho. Como señala la STS 277/2018, de 8 de junio —en similares términos *vid.* SSTS 277/2015, de 3 de junio; y 294/2019, de 3 de junio—, «un informe de contenido jurídico sobre cuestiones administrativas, civiles y mercantiles, implicadas en el asunto, por muy bien fundado que esté, y por mucha que sea la autoridad académica o profesional de quien lo emite no puede constituir el documento frente al que contrastar las conclusiones de la sentencia. No aborda cuestiones de prueba, sino problemas jurídicos. Es más, difícilmente, aunque esta Sala ha sido indulgente al respecto, tiene cabida una opinión pericial ¡jurídica! en una causa jurisdiccional. Cabría si se tratase de pericial sobre derecho extranjero. Pero sobre derecho aplicable por los jueces españoles puede constituir (aunque esta Sala —se insiste— ha sido flexible con esas anómalas periciales) el asesinato alevoso del tradicional *iura novit curia*».

A pesar de ello, la práctica forense revela que no son infrecuentes los supuestos en los que nuestros tribunales han admitido como prueba pericial lo que en realidad no son sino dictámenes jurídicos. Razón por la que, a fin de acabar con este tipo de prácticas, se reputa conveniente explicitar su inadmisibilidad en el articulado del texto prelegislativo.

Debe subrayarse que, por lo general, la admisión por nuestros tribunales de este tipo de pericias obedece a la falta de especialización de los jueces y magistrados del orden jurisdiccional penal en materias de naturaleza extrapenal, por lo general de especial complejidad, tales como el urbanismo, el medioambiente o el derecho tributario, entre otras.

En otro orden de cosas, se estima conveniente especificar en el apartado 6 del art. 635 que en el caso de declaraciones testificales de menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual, contra la vida o integridad física,



contra la dignidad o, en definitiva de cualesquiera otros delitos de naturaleza violenta, los tribunales tan solo admitirán de manera excepcional su declaración en el acto de juicio oral para el caso de concurrir razones que impidan la reproducción videográfica de las declaraciones obtenidas a través del incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba.

En relación con el art. 636 ALECrím (*proposición de nueva prueba*), se estima injustificado el distinto tratamiento procesal que se ofrece a las partes, pues solo a la defensa se le concede la posibilidad de «completar su proposición de prueba» una vez decretada la apertura del juicio oral, si bien siempre antes del inicio de las sesiones del juicio oral.

En nada entorpece al ejercicio del derecho de defensa la posibilidad de que la acusación también pueda aportar prueba en los términos que se regulan en nuestra legislación vigente.

Nótese que a pesar de que se pretende condicionar la meritada posibilidad a los supuestos en que la defensa justifique el carácter sobrevenido de la proposición de nueva prueba, *explicando las razones por las que no pudo interesarla temporáneamente*, en la práctica resultará sumamente sencillo justificar aquel carácter sobrevenido, ofreciendo excusas de muy difícil contrastación (no se conoció el nombre completo del testigo hasta ese momento, el perito no pudo finalizar su informe con anterioridad, la documentación se hallaba extraviada, etc.).

En relación con los arts. 637 (*especialidades en los casos de pruebas periciales divergentes y convergentes*) y 638 ALECrím (*especialidades en el caso de la prueba pericial científica. Informe consultivo*), se estima conveniente suprimir la posibilidad de que el órgano judicial pueda acordar de oficio la ampliación de los informes periciales ya emitidos y, mucho menos, la práctica de una nueva prueba pericial. En nuestra opinión, dicha posibilidad parece



contradecir los fundamentos mismos del sistema procesal diseñado por el prelegislador, pues pudiera comprometer la imparcialidad del órgano judicial cuya distancia psicológica respecto de la actuación de las partes siempre debe preservarse. En definitiva, el juez debe limitarse a ser un árbitro en la contienda que mantienen la acusación y la defensa.

**§ 122.** El art. 639.4 ALECrím (*señalamiento del juicio oral*) establece que «[d]esde el señalamiento, el expediente de juicio oral y las piezas de convicción estarán en la oficina judicial a disposición de las partes personadas». Sería conveniente precisar que el LAJ sea responsable de poner en marcha los mecanismos de Cooperación Jurídica Internacional a los anteriores efectos.

La redacción ofrecida por el prelegislador a este precepto se revela escasamente compatible con la existencia del expediente digital al que las partes debieran tener acceso de forma remota sin necesidad de personarse ante el tribunal.

Similares consideraciones pueden asimismo realizarse respecto a la redacción ofrecida al art. 641.2 ALECrím (*práctica anticipada de prueba*).

El art 640 ALECrím (*comunicación a la víctima*) se reputa parcialmente incompatible con los arts. 5 y 7 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la Víctima del delito*. Así las cosas, al objeto de evitar la victimización secundaria de los ofendidos, la información a que alude el precepto tan solo debiera ofrecerse en aquellos casos en que la víctima así lo hubiera solicitado tras ser informada sobre dicha posibilidad, previéndose, además, que en cualquier momento pudiera expresar su deseo de no seguir siendo informada.

**§ 123.** El **Título II** («disposiciones generales sobre el acto del juicio») se conforma de dos capítulos: el Capítulo I (arts. 642 a 647) relativo a los



requisitos para la celebración del juicio oral, y el Capítulo II (arts. 648 a 651) relativo a la forma de celebración del juicio oral.

En relación con el art. 642 ALECrím (*preparación de la celebración del juicio oral*), se sugiere que se articulen mecanismos de citación digital, pues no parece razonable que en pleno siglo XXI no se admitan modalidades más ágiles, como los correos electrónicos u otros similares que permitan constatar la efectividad de la citación, así como sus concretos términos.

En relación con el art. 643.2 ALECrím se constata la necesidad de precisar el modo en que deba procederse respecto a los acusados contra los que no se celebre el juicio por no hallarse presentes, debiendo especificarse si resultará necesario formar una nueva pieza previo traslado de un testimonio de las actuaciones.

En cuanto a los arts. 643 (*presencia de las personas contra las que se dirija la acción penal y civil*), 644 (*presencia de los abogados*) y 645 ALECrím (*presencia de los testigos y peritos*), se considera necesario regular los supuestos y los términos en que se admita el uso de la videoconferencia.

En definitiva, se estima más acertada la previsión que se contiene en el actual art. 731 *bis* LECrím, según el cual «el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».



Resultan, plenamente vigentes los argumentos que sobre dicho particular ya se recogían en la Instrucción 3/2002 de la FGE, de 1 de marzo, *acerca de actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia*: «centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda de la posibilidad de utilizar la videoconferencia para actos no estrictamente procesales (...) Y dentro del ámbito jurisdiccional, el principio general de autorización del art. 230.1 LOPJ sólo debe ceder en casos de afectación de derechos fundamentales (que exige cobertura legal ex art. 53.1 de la Constitución), de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad».

Se sugiere que se incorpore al art. 645 ALECrím la posibilidad de que el presidente del tribunal pueda sancionar económicamente a los testigos que no comparezcan, debiendo para ello precisarse un importe máximo y mínimo, así como los elementos que permitan la individualización en el caso concreto, sin perjuicio de las responsabilidades penales en las que pudieran incurrir. En relación al punto 3 de este artículo, se debe incluir la previsión de que el Tribunal adoptará, en su caso, la suspensión, una vez oídas la partes.

El art. 647.2 ALECrím prevé la posibilidad de que el tribunal pueda acordar la suspensión del juicio oral cuando las partes soliciten de común acuerdo iniciar el procedimiento de justicia restaurativa. Dicha previsión se reputa innecesaria pues no se alcanzan a comprender las razones por las que ello debe permitirse durante la fase de juicio oral cuando las partes ya han contado previamente con esa opción previamente.

**§ 124.** El art. 648.3 ALECrím (*disposición de la sala*) precisa que la persona acusada ocupará, durante el acto de juicio oral, un lugar inmediatamente próximo a su defensa, de forma que sea posible la comunicación constante y directa entre ellas durante el desarrollo del juicio. El Anteproyecto sigue así la línea marcada por el art. 42.2 LO 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del*



*Jurado*, y que también recogía el art. 558.3 ALECrím de 2011 y el art. 442.1 PCPP de 2013.

En el art. 649.2.c) ALECrím debería incluirse la previsión de que el tribunal conceda audiencia por escrito a las partes antes de acordar la ampliación de un informe pericial.

En cuanto al art. 649.2.d) ALECrím (*carácter consecutivo de las sesiones*), se propone que se introduzca la posibilidad de acordar la suspensión del juicio oral cuando acontecimientos sobrevenidos, no imputables maliciosamente a quien los sufra, impidan comparecer a los miembros del tribunal, Ministerio Fiscal, abogados o acusado. En definitiva, de este modo se permitiría decretar la suspensión en supuestos análogos a los de enfermedad —que sí se encuentra expresamente previsto—, tales como el fallecimiento de familiares, eventos naturales que imposibiliten la comparecencia u otros de similar trascendencia y naturaleza.

En el art. 649.2.e) ALECrím se considera necesario sustituir la referencia a «cargo y de descargo» por «propuestos por las partes».

En cuanto al art. 650 ALECrím (*publicidad de los debates*), se estima necesario regular los supuestos de retransmisión en abierto de los debates del juicio oral, fijando medidas que permitan preservar la intimidad de acusados, testigos, peritos y, desde luego, de los operadores jurídicos que no deseen someterse a tan alto grado de exposición pública, fruto del riesgo para su intimidad, dignidad e integridad, así como para sus familiares y allegados.

En el art 651.1 ALECrím sorprende que se haga mención a la expresión «coartar la libertad» y, además, con única referencia a la defensa. Por ello se propone su supresión.



Asimismo, se considera necesario regular el modo en que en tales casos deberá preservarse a los testigos y peritos del riesgo de contaminación como consecuencia del acceso a los contenidos de la prueba ya practicada durante las sesiones del juicio oral retransmitidas.

**§ 125.** El **Título III** del Libro VI versa sobre «el desarrollo del juicio oral» y consta de dos capítulos: Capítulo I (arts. 652 a 654) sobre las actuaciones previas a la práctica de la prueba y Capítulo II (arts. 655 a 686) relativo a la práctica de la prueba, que se integra, a su vez, por seis secciones distintas: Sección 1ª (reglas generales); Sección 2ª (prueba testifical); Sección 3ª (declaración de la persona acusada); Sección 4ª (prueba pericial); Sección 5ª (reconocimiento fuera de la sede del tribunal); y Sección 6ª (documentos y piezas de convicción. Lecturas admitidas).

**§ 126.** Se propone la modificación del art. 653.1.b) ALECrim (*alegaciones previas*) al objeto de permitir que todas las partes, y no solo la defensa, puedan proponer la práctica de pruebas al inicio del acto de juicio oral, siempre que estas no hubieran podido ser propuestas con anterioridad. De mantenerse la actual redacción ello supondría un quebranto del principio de igualdad de armas en el proceso penal, puesto que únicamente prevé que sea la defensa del acusado quien proponga nueva prueba, privando de esa facultad a las acusaciones, por lo que entendemos que el precepto debe incluir también a las acusaciones personadas.

Al margen de no apreciar razones de peso que justifiquen el desigual tratamiento ofrecido a defensa y acusación, debe precisarse que el hecho de condicionar la posibilidad de proposición de prueba a los supuestos en que las mismas no hubieran podido ser instadas con anterioridad no introduce en realidad restricción alguna, pues en la práctica resultará sumamente sencillo justificar aquella imposibilidad, siendo lógico prever que nuestros tribunales no



desarrollen actuación alguna al objeto de verificar las razones alegadas por las partes acerca de dicho particular.

Se valora positivamente la previsión que introduce el art. 654 ALECrím (*información a la persona acusada y exposición introductoria*), en cuya virtud se indica que las partes podrán realizar una sucinta exposición introductoria acerca de la finalidad de la prueba que hayan propuesto.

Dicha previsión se estima particularmente relevante en aquellos juicios que presenten una mayor complejidad técnica, permitiéndose de ese modo que las partes puedan advertir al tribunal acerca de los aspectos a los que deberán prestar mayor atención a fin comprender en toda su extensión su trascendencia.

**§ 127.** En el **Capítulo II** del Título III se propone la modificación del art. 656 ALECrím (*principio de aportación de parte. Facultades probatorias del tribunal*).

Pese a que el precepto viene a reproducir, *mutatis mutandi*, la actual redacción ofrecida a los arts. 728 y ss. LECrím, se considera conveniente rechazar la posibilidad de que el tribunal pueda acordar la práctica de pruebas de oficio, al objeto de garantizar la integridad del modelo acusatorio diseñado por el prelegislador.

En palabras de la STS 309/2009, de 17 de marzo, «la doctrina moderna que se ha ocupado de esta cuestión sostiene que en un modelo adversarial la práctica de la prueba se hace conforme a la voluntad de las partes, esto es, en el orden propuesto por ellos como una manifestación del dominio de estos».

Si lo que se pretende es preservar la distancia psicológica de los miembros del tribunal desterrando de una vez por todas todo sesgo inquisitivo, parece evidente que debe rechazarse la posibilidad de que se practique prueba a



instancia de los miembros del tribunal. Se trata, en definitiva, de una facultad que, cuando menos en abstracto, pudiera afectar a la imparcialidad del órgano judicial. Pues, resulta lógico pensar que la prueba en cuestión tendrá por objeto, las más de las veces, reforzar la convicción de los magistrados respecto de los fundamentos que justifiquen la pretensión de la defensa o de la acusación, gozando por un ello de un sesgo claro, determinado e identificable.

En relación con la previsión contenida en el art. 656.2.c) ALECrím (*principio de aportación de parte. Facultades probatorias del tribunal*), se estima necesario ofrecer una nueva redacción que determine con mayor exactitud los supuestos y fines que lo permitirán, en tanto en cuanto la redacción ofrecida resulta en exceso imprecisa y, por ello, susceptible de generar inseguridad jurídica.

Se propone, asimismo, la modificación del art. 657 ALECrím (*orden de práctica de los medios de prueba*). En particular, no se considera acertada la previsión que contienen los apartados 4 y 5 acerca del orden de la práctica del interrogatorio del acusado, así como de los términos en que el mismo podrá desarrollarse.

Tal y como señala, entre otras muchas, la STS 59/2015, de 30 de abril —en similares términos *vid.* SSTS 507/000, de 14 de octubre; 228/2018, de 17 de mayo—, «[c]on independencia de la valoración que pueda realizarse desde una perspectiva teórica o de “*lege ferenda*” sobre cuál debería ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral, lo cierto es que un “*usus fori*” muy consolidado sitúa esta declaración al comienzo del juicio, con el fin de precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertida (...) Esta dinámica judicial usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación, y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo probatorio específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos



por los propios acusados, máxime cuando otro “usus fori” muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones suficientemente precisada antes del juicio. Esta práctica judicial habitual que tiene sus antecedentes en la época de entrada en vigor de la propia LECrim (SSTS de 19 de mayo, 28 y 30 de junio de 1883, e Instrucción 51/1883, de la Fiscalía del Tribunal Supremo), trata de suplir una laguna apreciable en la LECrim que no prevé expresamente un momento procesal para que los acusados puedan ejercer su derecho a declarar, salvo a través del ejercicio de su derecho a la última palabra, que constituye un trámite muy tardío y escasamente determinante, que se produce cuando el juicio práctica ha terminado. En consecuencia, para evitar que el derecho de los acusados a expresarse y aportar su versión se demore a este tardío momento procesal, (...) el “usus fori” determina que, en caso de respuesta negativa a dicha solicitud de conformidad, el juicio comience precisamente con las explicaciones y aclaraciones del acusado, contestando, si desea hacerlo, a las preguntas que le formulen la acusación y la propia defensa. A través de esta declaración inicial, y de su derecho a la última palabra, los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre la acusación formulada contra ellos, tanto al comienzo del juicio como al final. El juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados. (...) Ha de tomarse también consideración que en los supuestos de pluralidad de acusados, la declaración de cada uno de éstos tiene una doble naturaleza, en la medida en que puede servir, con las prevenciones oportunas, como prueba de cargo contra los demás, por la contradicción de las defensas de los demás acusados, en el caso de que la declaración de cada uno de ellos contenga elementos incriminatorios para los demás».



Idénticas razones aconsejan la modificación de los arts. 674 (*información previa*) y 675 ALECrim (*práctica del interrogatorio*) que regulan la declaración de la persona acusada.

**§ 128.** Respecto a la prueba testifical, se aprecia una contradicción entre lo preceptuado por el art. 660 (*exenciones a la obligación de declarar por razón de parentesco*) y el art. 527.c) ALECrim (*exenciones a la obligación de denunciar*), pues no parece razonable imponer el deber de denunciar a quienes se encuentren unidos al responsable del delito por un vínculo familiar u otro análogo cuando se hayan lesionado «bienes jurídicos personales de un menor de edad» y, sin embargo, dispensar de la obligación de declarar por razón de parentesco a los sujetos relacionados en el art. 660.1 ALECrim, con la única excepción prevista en el apartado segundo cuando el testigo «tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad».

Se sugiere, asimismo, que se ofrezca una nueva redacción al art. 660.1 ALECrim, suprimiendo que la dispensa por razón de parentesco entre cónyuges o personas unidas por análoga relación de afinidad opere «aun cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva».

Año tras año las memorias de las distintas fiscalías, y muy especialmente de la unidad coordinadora de violencia sobre la mujer de la Fiscalía General del Estado, han venido señalando los graves espacios de impunidad que en materia de violencia de género provoca la dispensa del deber de declarar recogida en el vigente art. 416 LECrim, erigiéndose en uno de los motivos más habituales de sobreseimiento y absolución.

Tal y como pone de relieve la citada unidad de la Fiscalía General del Estado, la dispensa no solo es un elemento perturbador del carácter público de los



delitos relativos a la violencia de género, impidiendo que el proceso penal alcance sus efectos tanto punitivos como tuitivos, sino que constituye un elemento de presión sobre víctimas que se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad. Las previsiones del actual art. 416 LECrim no se establecen en favor del acusado, sino de la testigo (STS 130/2019, de 12 de marzo). Y el fundamento y finalidad de la dispensa no es otro que resolver el conflicto que se le puede plantear entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado (SSTS 134/2007, de 22 de febrero; 292/2009, de 26 de marzo; 486/2016, de 29 de octubre). Sin embargo, las relaciones familiares y/o de pareja en las que se incardina la violencia de género no responden a esos principios de solidaridad, afecto y apoyo mutuo, sino que muy al contrario se encuentran presididas por un ambiente de dominación, agresividad, control, desprecio, humillación y negación de la libertad, personalidad y derechos de la víctima. Siendo esto así, resulta difícil compartir que el espíritu y finalidad de la dispensa del art. 416 LECrim sea de aplicación a la realidad de la violencia de género e, incluso, doméstica. Asimismo, la articulación del precepto como un derecho de la víctima o testigo queda comprometida con su aplicación en la práctica pues, como se señalaba *supra*, la dispensa se convierte en una herramienta de control y un motivo más de restricción de la libertad de la víctima por parte de su agresor.

En relación con el art. 661 ALECRim (*exenciones a la obligación de declarar por razón de secreto profesional*), se propone la supresión de la siguiente previsión: «salvo los abogados y procuradores, todas las personas mencionadas estarán obligadas a prestar declaración cuando el titular del secreto les releve del deber de guardarlo».

En aquellos casos en que el cliente hubiera relevado al abogado de su deber de guardar silencio no subsistirá razón alguna que justifique eximir a los abogados de la obligación de declarar, y mucho menos para otorgar a estos un



estatus privilegiado respecto del resto de profesionales relacionados en el precepto (médicos, personal sanitario, periodistas, ministros de confesiones religiosas, y traductores e intérpretes). Asimismo, de acuerdo con lo previamente manifestado en relación al art. 527.b) (*exenciones a la obligación de denunciar*), se estima oportuno excluir de la exención regulada por el art. 660 todos aquellos supuestos en que la declaración fuera reputada necesaria para prevenir la ejecución de un delito o poner fin al que se está cometiendo, así como en aquellos supuestos en que el profesional hubiera denunciado previamente los hechos por aquellos mismos motivos.

En definitiva, parece evidente que quien busca asesoramiento o pretende cualquier otro tipo de colaboración para la futura perpetración de un delito o para seguir ejecutando el que ya se está cometiendo, no puede merecer la protección del ordenamiento jurídico, pues se trata de actuaciones que rebasan con mucho el fundamento que subyace a la exención misma.

En los arts. 664 (*impedimento para comparecer*) y 665 ALECRim (*testigo residente en el extranjero*) debe precisarse que las posibilidades de que la declaración del testigo se realice mediante videoconferencia no debieran reducirse a los supuestos en que concurren razones de salud o intimidad que así lo justifiquen, o a los casos en que este residiera en el extranjero, resultando aconsejable admitir dicha opción en aquellos supuestos en que el traslado hasta la sede del tribunal pudiera resultar gravosa para aquel.

El Consejo Fiscal propone modificar la redacción del art. 665 ALECRim en el siguiente sentido: «Cuando el testigo resida en el extranjero, siempre que la naturaleza de la norma lo permita, se le podrá tomar declaración por videoconferencia, haciéndose constar esta circunstancia en la proposición de la prueba, para lo cual el letrado de la Administración de justicia cuidará de poner en marcha los instrumentos de cooperación al efecto».



Se sugiere la supresión en el art. 669 ALECrim de la posibilidad de que se puedan llegar a formular repreguntas al testigo por la parte que propuso su interrogatorio. Al margen de que dicha forma de proceder pudiera dar pie a estrategias procesales inadecuadas, ello puede comprometer el derecho de las partes que no propusieron al testigo a interrogarle sobre los nuevos aspectos que se considerasen relevantes a la vista de las manifestaciones vertidas a raíz del nuevo interrogatorio.

Se propone que la expresión del art. 669.4 ALECrim «preguntas sencillas» se sustituya por la de *lenguaje comprensible* en tanto en cuanto la complejidad de la materia o el grado de preparación del testigo puede exigir la formulación de preguntas de mayor complejidad.

El Consejo Fiscal propone introducir como párrafo tercero (manteniendo el resto a continuación) al apartado 6 del art. 669 ALECrim el siguiente tenor literal:

*En todo caso, en los delitos contra la libertad sexual se entenderán incluidas en la categoría anterior las preguntas referidas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias.*

Se aprecia, asimismo, la existencia de una errata en el art. 669.7 donde se reitera indebidamente el uso del artículo determinado «la».

Se propone la supresión del art. 670.3 ALECrim (*razón de ciencia del testigo*), en el que se prevé la posibilidad de que el testigo pueda realizar manifestaciones de carácter científico, técnico, artístico o práctico sobre una determinada materia.



En nuestra opinión, resultaría aconsejable regular de forma expresa la figura del *testigo-perito*, sobradamente admitida por nuestra jurisprudencia también en el orden jurisdiccional penal (*vid.* SSTS 1094/2010, de 10 de diciembre, y 906/2012, de 2 de noviembre; o ATS 358/2018, de 15 de febrero). A tal efecto, debe advertirse que la forma en que la prueba es propuesta resulta relevante al objeto de permitir a las partes anticipar y preparar su práctica, de ahí que no debiera permitirse que un testigo pueda realizar manifestaciones propias de un perito, pues ello puede impedir a las partes prever y preparar adecuadamente el interrogatorio en cuestión. Asimismo, dicha posibilidad pudiera emplearse al objeto de evitar la recusación o tacha del perito.

El Consejo Fiscal llama la atención sobre la necesidad de recoger, en relación a menores de 14 años y personas con discapacidad de especial protección, lo dispuesto en la LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, contenida en los actuales arts. 703 *bis* y 707 LECrim. Y, en relación al resto de personas menores de edad y con discapacidad, el Consejo Fiscal sugiere modificar la letra d) del art. 672 ALECrím de forma que el presidente permita que las partes realicen las preguntas directamente si de ello no se deriva perjuicio alguno para el testigo. En caso contrario, si lo que se pretende es preservar a las víctimas cuando sus singulares condiciones así lo precisen, deben articularse otros mecanismos que conjuguen dicha necesidad con el derecho de las partes a practicar el interrogatorio por sí mismas. A tal fin, bastaría con permitir que las preguntas, sin perjuicio de ser formuladas por las partes, fueran trasladadas al testigo por un psicólogo o por el presidente del tribunal; vehicular las declaraciones mediante videoconferencia; y limitar la práctica de esta prueba a los supuestos en que previamente no hubiera resultado posible la práctica de prueba preconstituida.

El Consejo Fiscal propone la supresión del apartado 2 del art. 674 ALECrím pues, como ya dijimos al examinar el art. 17 ALECrím y el derecho a guardar



silencio, la regulación propuesta supone un ataque a la libre valoración de la prueba e invade la función jurisdiccional.

Así como el actual art. 731 *bis* LECrim prevé la posibilidad de que el tribunal, de oficio o instancia de parte, por razones de seguridad o de orden público o por otra condición que resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que la actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, y si bien es cierto que la presencia del acusado en el acto del juicio oral debe ser la norma general y la comparecencia mediante videoconferencia excepcional, no se entiende la negativa a la posibilidad de usar la videoconferencia u otro medio semejante cuando concurren razones como las que prevé el citado precepto.

**§ 129.** Respecto a la posibilidad prevista por el art. 677 ALECrIm (*ampliación de la pericia*), se considera que únicamente debiera admitirse cuando alguna de las partes así lo propusiera, siendo predicables en este punto las razones ya esgrimidas anteriormente acerca de la necesidad de limitar la práctica de la prueba a la que resulte propuesta por las partes.

Debería preverse en este párrafo la videoconferencia con carácter general para todas las periciales prestadas por organismos públicos.

**§ 130.** En otro orden de cosas, la previsión que se contiene en el párrafo segundo del art. 683.2 ALECrIm (*examen por el tribunal y alegaciones sobre los documentos*) se considera innecesaria pues no existen razones que justifiquen que se permita al tribunal en tan avanzado estado de celebración del juicio oral la posibilidad de solicitar aclaraciones sobre pruebas ya admitidas y, por ello, ya analizadas al objeto de resolver acerca de su pertinencia y utilidad. Todo ello sin perjuicio de las manifestaciones que las partes deseen realizar durante la fase de informe acerca de la interpretación que deba concederse al



contenido de los documentos, así como en relación con su relevancia en orden a determinar la responsabilidad criminal de los acusados.

Se sugiere que se proceda a completar el art. 684 ALECrím (*lecturas admitidas*) al objeto de precisar que será el letrado de la Administración de justicia a quien corresponderá efectuar la lectura de los documentos durante el acto de juicio oral para el caso de que esta hubiera sido acordada.

Se propone, asimismo, la modificación del art. 685 ALECrím (*lecturas de contraste*) al objeto de permitir estas lecturas de contraste también en relación con la declaración de la persona acusada. Fácilmente se advierte que se trata de un mecanismo idóneo para contribuir al esclarecimiento de los hechos que, en ningún caso, violenta los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce.

**§ 131.** Los arts. 687 a 691 integran el **Título IV** («la conclusión del juicio oral»).

En relación con el art. 687.3 ALECrím (*conclusiones definitivas*) se considera oportuno distinguir entre aquellos supuestos en que la naturaleza de la modificación de las conclusiones acusatorias exija la concesión de un aplazamiento a la defensa, y los supuestos en que, fruto de su intrascendencia para el ejercicio del derecho de defensa, ello se entienda innecesario.

Según el referenciado precepto (art. 687.3 ALECrím), «[c]uando en sus conclusiones definitivas la acusación modifique la tipificación penal de los hechos o aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, la defensa podrá solicitar del presidente un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a fin de preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de la



nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas».

En nuestra opinión, no resulta razonable otorgar a la defensa la posibilidad de practicar nueva prueba, pues ya en abstracto cabe afirmar que no debieran admitirse modificaciones que lo hicieran necesario por resultar evidente que en ese caso la modificación resultaría inadmisibles por alterar el objeto del proceso en detrimento del derecho de defensa que asiste al acusado.

Se propone, además, que se suprima el apartado 4 del art. 689 ALECrím (*informes finales*) pues no parece conveniente que se permita que «[c]oncluidos todos los informes las partes [puedan] solicitar al presidente que les conceda nuevamente la palabra para precisar, aclarar o rectificar algún punto concreto que haya sido cuestionado de contrario», y mucho menos que se permita abrir un nuevo debate «sobre la valoración de la prueba o la calificación jurídica del hecho, [dando] la palabra a las partes cuantas veces [se] estime necesario».

El Consejo Fiscal considera conveniente prever la posibilidad en el art. 691.2 ALECrím de que el Ministerio Fiscal y las partes puedan interesar del presidente del tribunal que acuerde la presencia del letrado de la Administración de justicia, si fuera necesario, durante el desarrollo de la vista.

Finalmente, se propone introducir en el párrafo 4 del art. 692.3.5º ALECrím el siguiente inciso final: «y demás pronunciamientos a los que haya lugar».

**§ 132.** El **Título V** del Libro VI regula finalmente «la sentencia» (arts. 692 a 700).

En el art. 692.1 ALECrím (*contenido de las sentencias penales y plazo para dictarlas*) se sugiere que se contemple un plazo máximo para los supuestos en



los que el tribunal precise de un plazo superior a diez días para dictar sentencia. Parece razonable que dicho plazo no pueda ser discrecionalmente fijado el tribunal pues de admitirse, equivaldría en última instancia a rechazar que la actividad judicial se encuentre sometida a plazo alguno en esta fase.

La referencia que se contiene en el art. 693.3.c) ALECrím (*valoración racional de la prueba*) se estima confusa pues no se alcanza a comprender qué se entiende por «mera identificación visual». No estimamos procedente que el prelegislador pretenda impedir al tribunal fundar su convicción condenatoria en el reconocimiento del acusado efectuado por el testigo cuando vaya acompañado de la declaración de este en el acto de juicio oral ratificando dicho reconocimiento. En cualquier caso, se sugiere la supresión del apartado pues la valoración de la prueba debe corresponder al tribunal, a fin de que sea este el que valore caso por caso las concretas circunstancias concurrentes, en tanto en cuanto el establecimiento de reglas tasadas puede conducir a situaciones injustas.

En relación con el art. 695 ALECrím (*congruencia jurídica de la sentencia penal. Regla general*), se propone que se regule la solución procesal que deba ofrecerse a los supuestos en que la petición de pena efectuada por la acusación sea inferior al límite mínimo previsto para el tipo penal por el que se acusa.

Por último, se sugiere que en el art. 698 ALECrím (*congruencia fáctica de la sentencia absolutoria*) se contemple una excepción a los casos en los que se declare la prescripción, permitiendo que, a pesar de ello, cuando así proceda, pueda condenarse en materia de responsabilidad civil.



**ADENDA SÉPTIMA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Libro VII. *Los recursos y la revisión de sentencias firmes***



§ 133. El **Libro VII** del Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal concentra la regulación general de los recursos bajo un mismo epígrafe, excepción hecha lógicamente de una serie de normas relativas al régimen de impugnación de resoluciones concretas y específicas que pueden encontrarse a lo largo de todo el articulado.

Este Libro VII («los recursos y la revisión de sentencias firmes») se compone de cinco títulos relativos a: Título I (*disposiciones generales*); Título II (*recursos contra las resoluciones de los letrados de la administración de justicia*); Título III (*recursos contra autos*); Título IV (*recursos contra las sentencias*); y Título V (*la revisión de sentencias firmes*).

Llama la atención en primer lugar que el Anteproyecto no realiza ninguna referencia a los recursos en el procedimiento ante el tribunal del jurado, por lo que, no estando previstos en su ley reguladora, nos encontramos ante un vacío normativo a la espera de la reforma paralela que sobre esta cuestión el prelegislador avanza en su exposición de motivos.

En esta materia el texto prelegislativo apuesta, según su exposición de motivos, por tres objetivos generales, algunos de ellos de evidente naturaleza agilizadora:

- i) Modernizar el régimen impugnativo, de tal manera que los jueces no revisarán sus propias resoluciones por medio de recursos no devolutivos.
- ii) Perfeccionar y racionalizar la segunda instancia a través de la unificación de todo el sistema de enjuiciamiento en un solo nivel de planta judicial (con tribunales unipersonales y colegiados), así como de un nuevo modelo de casación.



iii) Atribuir, precisamente, al recurso de casación un papel protagonista en la unificación de la interpretación del ordenamiento jurídico penal, tanto sustantivo como procesal.

**§ 134.** El **Título I** (arts. 701 a 710) prevé unas reglas generales sobre el ejercicio del derecho al recurso en su Capítulo I, así como unas reglas procesales comunes en el Capítulo II.

Así las cosas, el Capítulo I (arts. 701 a 706) regula expresamente el derecho a recurrir y a desistir del propio recurso, el gravamen exigible para impugnar una resolución —requisito del que se exceptúa al Ministerio Fiscal—, la prohibición de empeoramiento de la situación del recurrente con ocasión de su propio recurso, esto es, la prohibición de la *reformatio in peius* —a lo que ya hace expresa referencia en el art. 24 ALECrím en el seno del capítulo relativo a las garantías de un proceso equitativo y a cuyas observaciones nos remitimos—, la posibilidad de recurrir con carácter supeditado y los efectos generales que lleva aparejada la interposición o la estimación de un recurso.

Destaca, entre estas reglas generales, la regulación generalizada del llamado recurso supeditado contra sentencias, tal y como ya preveía la propuesta de Código Procesal Penal de 2013, y que de forma específica regula en la actualidad la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la apelación de sentencias dictadas por el magistrado-presidente del tribunal del jurado. La exposición de motivos del Anteproyecto afirma que «[l]a exclusión de la posibilidad de recurrir supeditadamente acaba privilegiando a quienes asumen actitudes procesales dilatorias o puramente mecánicas y deciden combatir sistemáticamente las sentencias que no satisfacen plenamente sus intereses, aunque no tengan argumentos sólidos para ello». Por ello, el prelegislador opta por regular expresamente la posibilidad de recurrir supeditadamente al entender que «[l]a supeditación actúa, a su vez, como mecanismo de racionalización de la interposición de recursos, ya que las partes, al saber que su propia



impugnación puede dar lugar a la de la parte contraria, renuncian a alargar el proceso de modo puramente tentativo y solo utilizan el medio de impugnación que está a su alcance si tienen razones jurídicas suficientes para hacerlo».

Este recurso supeditado quedará sin efecto en caso de desistimiento por parte del recurrente principal y su interposición abre un plazo durante el que las demás partes pueden impugnarlo o adherirse al mismo (art. 705 ALECrIm).

Asimismo, siguiendo las previsiones de la vigente ley rituaría en relación con la apelación y casación de sentencias (arts. 790 y 855 LECrIm), el prelegislador regula expresamente (art. 706) la preceptiva solicitud de integración de las mismas (incidente o recurso de aclaración de sentencias de los arts. 161 LECrIm y 267 LOPJ).

Finalmente, a diferencia de la propuesta de Código Procesal Penal de 2013, el Anteproyecto de 2020 (art. 709) no regula el excepcional efecto suspensivo de los recursos en aquellos casos en que a instancia del recurrente se alegare la concurrencia de una causa justificada, previsión que podría resultar positiva y eficaz en algunos casos.

El art. 710 ALECrIm prevé la posibilidad de que la estimación del recurso de uno de los encausados aproveche a los demás que se hallen en la misma situación cuando les sean aplicables los motivos de impugnación que hayan sido estimados, pero nunca les perjudicará en lo que les sea adverso.

No obstante, el precepto no aclara cómo tendrá lugar esa extensión de efectos: si en la misma resolución de apelación o en otra complementaria, si esa extensión de efectos la hará el tribunal de instancia, el del recurso o si exigirá instancia de parte.



Tampoco parece correcto que la extensión de efectos favorables sea aplicable atendiendo a «los motivos de impugnación que hayan sido estimados» y no en atención a las pretensiones que se formulen en el recurso. Parecería más correcto el uso de la expresión «pretensión» que «motivos» por ser procesalmente más correcta. Los motivos pueden referirse exclusivamente a la fundamentación fáctica o jurídica del recurso y, por tanto, se integrarían en una pretensión.

**§ 135.** El **Título II** (arts. 711 a 716) regula los recursos contra las resoluciones de los letrados de la administración de justicia: reposición contra sus diligencias de ordenación (Capítulo I) y revisión contra sus decretos (Capítulo II).

De esta manera, todas las resoluciones de los letrados de la administración de justicia son susceptibles de impugnación ante la autoridad judicial, adaptando la regulación a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que en los diversos ordenamientos jurídico-procesales ha rechazado la posibilidad de que las decisiones de los letrados de la administración de justicia sean inmunes a control jurisdiccional (*vid.* SSTC 58/2016, de 17 de marzo; 72/2018, de 21 de junio; 15/2020, de 28 de enero; y 151/2020, de 22 de octubre).

El art. 715 ALECrim (también el art. 719 para el recurso de reforma o el art. 724.3 para el de queja) exigen, para interponer los recursos de revisión o de reforma, escrito firmado por abogado y procurador, olvidando que el Ministerio Fiscal (o el Abogado del Estado, por ejemplo) no precisan ese complemento de postulación. Los tres preceptos deberían ser redactados en los siguientes términos: «Salvo para aquellas partes a las que no les sea exigible legalmente, el recurso de revisión (reforma y queja) se interpondrá mediante escrito firmado por procurador y abogado (...)».



**§ 136.** El **Título III** (arts. 717 a 725) regula el régimen de los recursos contra los autos dictados por el juez de garantías, por el de la audiencia preliminar y por los órganos de enjuiciamiento y de ejecución.

Regula este título en capítulos diferenciados tres modalidades impugnativas: reforma, apelación y queja.

Al objeto de agilizar la tramitación de los procedimientos, el Anteproyecto viene a reproducir la regulación del recurso de reforma contenida en el anteproyecto de 2011, en virtud de la cual dentro de los tribunales de instancia y de la Audiencia Nacional se configura una sección de reforma encargada de conocer de los recursos de reforma interpuestos contra los autos susceptibles de impugnación por esta vía en los casos expresamente previstos (art. 717 ALECrím). En palabras de la exposición de motivos «el recurso de reforma mantiene, por tanto, su carácter horizontal, al resolverse dentro del mismo órgano de instancia, pero deja de estar atribuido al mismo juez que ha dictado la resolución impugnada».

El art. 720.3 ALECrím prevé la posibilidad de celebrar vista en los casos legalmente previstos o cuando el tribunal lo considere necesario para formar su convicción.

El art. 720.5 determina que los recursos contra autos dictados en el ámbito de medidas cautelares o relacionados con la práctica de diligencias de investigación tendrán tramitación preferente. Se sugiere que esa prelación procedimental para los recursos contra autos relativos a medidas cautelares se ciña a las de naturaleza estrictamente personal.

El art. 721 atribuye la competencia para conocer de esta apelación a la sala de apelación de los Tribunales Superiores de Justicia (autos dictados por los tribunales de instancia de su circunscripción); a la sala de apelación de la



Audiencia Nacional (autos dictados por otros órganos de este tribunal); y a las salas de recursos de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo (autos relativos a procedimientos seguidos contra personas aforadas).

El recurso de apelación se configura en el art. 722 como un recurso exclusivamente previsto contra los siguientes autos: i) los de sobreseimiento; ii) los que declaren que la prueba ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales; iii) los dictados en ejecución de sentencia en los casos legalmente previstos.

No obstante, olvida el prelegislador en el catálogo de resoluciones recurribles del precitado artículo la apelación prevista en el art. 831.3 ALECrím contra el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que resuelva la impugnación excepcional de la incoación del procedimiento para la actuación de la Fiscalía Europea.

El art. 723 ALECrím unifica la tramitación de los recursos de reforma y apelación frente a los autos, lo que se considera a todas luces positivo.

El Capítulo III del Título III regula el recurso de queja frente a los autos. El Anteproyecto prevé, a diferencia del anteproyecto de 2011 y en la línea de la propuesta de Código Procesal Penal de 2013, una regulación general del recurso de queja frente a los autos de inadmisión de recursos de reforma y apelación, así como frente al auto denegatorio de la preparación del recurso de casación (arts. 724 y 725 ALECrím).

**§ 137.** El **Título IV** del Libro VII regula en los arts. 726 a 759 los recursos contra las sentencias: apelación y casación.



**§ 138.** El **Capítulo I** del Título IV regula el recurso de apelación contra sentencias en cuatro secciones diferenciadas (arts. 726 a 741).

El Anteproyecto consolida la generalización del recurso de apelación operada 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*, tras las reiteradas condenas a España por incumplimiento del derecho a la doble instancia. Así lo concreta el art. 23 ALECrim al proclamar como garantía de un proceso equitativo el derecho a la doble instancia penal.

El texto opta por un sistema que el prelegislador denomina «de apelación limitada y asimétrica» como instrumento de control de la legalidad del proceso verificado en la instancia. El recurso de apelación previsto por el Anteproyecto se aleja, todavía más, del concepto de recurso ordinario que haga efectivo el principio de doble instancia. No es un recurso ordinario que permita al órgano judicial de apelación conocer, en idénticas condiciones al órgano de primera instancia, el objeto del proceso. No es un nuevo juicio en el que el órgano judicial pueda valorar y decidir con libertad sobre el devenir del procedimiento, sino una mera revisión de legalidad del enjuiciamiento practicado en primera instancia en el que las facultades del órgano de apelación se ven especialmente mermadas, los motivos de recurso son especialmente tasados y se observa, especialmente, una evidente desigualdad de armas en beneficio de la persona condenada.

Este Capítulo I del Título IV se abre con el art. 726 ALECrim que contiene en su primer apartado una suerte de definición del recurso de apelación más propia de una exposición de motivos que de una norma jurídica.



El apartado segundo del precepto establece que son recurribles en apelación las sentencias recaídas en instancia en los procesos penales por delito, con la sola excepción de las dictadas por el Tribunal Supremo.

El apartado tercero del art. 726 ALECrim se refiere a la limitación de la apelación contra sentencias de conformidad, remitiéndose para ello al art. 173.2 ALECrim, que prevé que únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la misma. La ubicación sistemática de este tercer apartado no resulta la más adecuada en tanto en cuanto no se refiere al *objeto* del recurso sino a los *motivos* del mismo, por lo que su ubicación sistemática en la Sección 2ª del Capítulo I resultaría más apropiada.

El art. 727 ALECrim determina la competencia para conocer del recurso de apelación, que se adecúa al nuevo diseño de planta judicial: i) la sala de apelación de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se trate de sentencias dictadas por los tribunales de instancia de su circunscripción; ii) la sala de apelación de la Audiencia Nacional cuando se trate de sentencias de instancia dictadas por dicho tribunal; y iii) la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los TSJ en los procedimientos contra personas aforadas [actualmente recurribles en casación —art. 847.1.a) LECrim—].

La Sección 2ª, que contiene los arts. 728 a 733 ALECrim, viene a configurar el recurso de apelación, en realidad, como un recurso extraordinario sujeto a motivos tasados. Además, plasma de forma evidente una desigualdad de armas que podría afectar seriamente al derecho a la tutela judicial efectiva para las víctimas y perjudicados por delitos.



El Anteproyecto sigue aquí la estela de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, pero llega mucho más lejos al privar a algunas de las partes de la posibilidad de acudir en determinados supuestos al recurso de apelación.

La exposición de motivos de la Ley 41/2015 justificaba modificar la naturaleza del recurso de apelación, que dejó desde entonces de suponer verdaderamente una segunda instancia, en «las exigencias que dimanaban del principio de inmediación». Sin embargo, se considera que tales exigencias no pueden llegar a vetar absolutamente a las partes acusadoras el acceso al recurso de apelación.

El art. 728 ALECrím sienta que cualquiera de las partes podrá interponer recurso de apelación por infracción de normas sustantivas o procesales, pero que solo la persona condenada podrá interponerlo, además, para instar la revisión de la valoración de la prueba en la que se basa el fallo condenatorio. El precepto distingue, pues, los siguientes motivos de apelación: i) infracción de normas sustantivas (art. 729); ii) infracción de normas procesales (arts. 730 a 732); y iii) revisión de la valoración probatoria (art. 733).

Es cierto que la propuesta del Anteproyecto puede que satisfaga las exigencias garantistas del CEDH; sin embargo, también conlleva ciertos riesgos cuando establece una desigualdad de partes por privar a las acusadoras de la posibilidad de impugnar una sentencia sobre la base de la existencia de un error en la valoración de las pruebas. En este caso supone olvidar los derechos de las víctimas y del Ministerio Fiscal que encontrarán imposible atacar sentencias absolutorias en las que el tribunal de primera instancia haya realizado una valoración incorrecta de la prueba practicada, aunque esta no sea irracional, arbitraria o posea una motivación insuficiente. En última instancia, es de destacar que otro de los grandes problemas que giran en torno al recurso de apelación es esa restricción de la revisión de las sentencias en la que insiste el Anteproyecto, dado que el TEDH en ningún caso hace mención ni



diferencia entre sentencias absolutorias o condenatorias al regular el principio de inmediación en la segunda instancia. El principio de inmediación se extiende sobre la segunda instancia, tal y como ha determinado la jurisprudencia del TEDH, por entender que también en esta se deben respetar los principios constitucionales del proceso penal, tanto del acusado como de la acusación.

El art. 729 ALECrim especifica que la infracción de ley sustantiva solo puede venir referida a la calificación jurídica de los hechos, la determinación de la pena, la fijación de la responsabilidad civil o la condena al pago de las costas. Habría que entender aquí que dentro de la calificación jurídica de los hechos o de la determinación de la pena se incluye el grado de participación y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque no lo indique el precepto.

El art. 730 ALECrim concreta que la infracción de ley procesal solo permite al tribunal de apelación declarar la nulidad de la sentencia y, en su caso, de los demás actos que se vean afectados por la infracción denunciada. En todo caso, la petición de nulidad habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: i) quebrantamiento de normas o garantías procesales determinante de efectiva indefensión (se regula expresamente la necesaria causación de indefensión); e ii) irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia. Se aprecia cierta contradicción entre lo que dice el art. 730.1 y el art. 731.2 ALECrim. El primero indica que en la apelación basada en infracción de ley procesal solo podrá interesarse del tribunal que declare «la nulidad de la sentencia y, en su caso, los demás actos afectados por la infracción denunciada». Esta expresión sugiere la idea de que el recurso por infracción de ley procesal solo puede dar lugar, si es estimado, a la nulidad de la totalidad de la sentencia (lo que tendría que conllevar la devolución del asunto a la instancia para que repare la lesión). Por el contrario, el art. 731.2 ALECrim indica la posibilidad de que la infracción, y la consiguiente indefensión pueda ser reparada por el tribunal de apelación, y que sea este el que decida el



alcance de la nulidad y si el procedimiento debe retrotraerse. Se considera que la solución correcta es la prevista en el art. 731.2 ALECrím por cuanto debiera ser el tribunal del recurso el que resuelva si ha existido indefensión, si esta puede ser reparada en la segunda instancia y, en su caso, el alcance de la retroacción.

Al formular recurso por este segundo motivo —infracción de las normas procesales relativas a la motivación fáctica de la sentencia—, el art. 732 señala que el recurso deberá determinar los aspectos de la motivación fáctica que manifiestamente se apartan de la aplicación de parámetros racionales de argumentación o de máximas de experiencia, señalará las conclusiones fácticas que han sido obtenidas de modo arbitrario «e» (conjunción copulativa) identificará las pruebas sobre las que se haya omitido todo razonamiento. No se comparte la inclusión cumulativa de este tercer y último requisito del recurso pues la irracionalidad y la arbitrariedad pueden producirse aun razonando acerca de todos los medios de prueba practicados en la instancia.

Este motivo de apelación (art. 732 ALECrím) podría ser calificado de nuevo cuño pues en la regulación ahora vigente los requisitos anteriores se desprendían del recurso de apelación por error en la valoración de la prueba (art. 790.2, párrafo tercero, LECrím). En todo caso, parece complicado en la práctica distinguir cuándo una apelación estará basada en un error en la apreciación de la prueba y cuándo se fundará en la *irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica* de la sentencia. El concepto «motivación fáctica», en verdad, no dista mucho y puede confundirse fácilmente con el concepto «valoración de la prueba» en este ámbito. La cuestión tiene verdadera importancia dada la distinta regulación de uno y otro motivo de apelación.

El apartado segundo de este art. 732 ALECrím impide a las acusaciones interesar la modificación de hechos probados, revisar la valoración probatoria,



condenar al acusado absuelto o agravar su situación si hubiere sido condenado, por lo que cuando la sentencia apelada sea anulada el tribunal, sin pronunciarse sobre el fundamento de la pretensión acusatoria, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la infracción, sin perjuicio de que conserven validez todos aquellos actos cuyo contenido no haya de verse afectado por la infracción cometida.

Señala el Anteproyecto que se trata de «un modelo que genera una desigualdad deliberada» pues considera «razonable que, desde esta perspectiva, el poder público que aspira a la imposición de la pena tenga una única posibilidad de acreditar la culpabilidad de la persona acusada y que esta, en cambio, pueda someter la condena recaída a una revisión ulterior que asegure la efectividad de todos sus derechos fundamentales como barreras infranqueables frente al ejercicio del poder punitivo». En consonancia con su exposición de motivos, el Anteproyecto continúa la orientación marcada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, con la reforma del vigente art. 790.2 LECrim, cuando se limitó a las acusaciones para recurrir alegando error en la valoración probatoria en los mismos términos que la persona condenada.

Discrepamos de que la *desigualdad deliberada* manifestada por el prelegislador sea «acorde con las premisas ideológicas del sistema penal liberal, que son las de nuestro Estado constitucional en su dimensión de Estado de derecho». Este también debe proteger a la víctima y, en su caso, a la acusación pública cuando representa sus intereses y los de la sociedad en su conjunto, aun con pleno respecto a los derechos de la persona acusada. En el proceso penal no solo entran en juego los derechos de la persona investigada-acusada, sino también otros como el del Estado a perseguir los delitos y el de las víctimas y perjudicados a verse resarcidos de sus consecuencias.

El art. 24.1 CE proscribela indefensión, y el proceso es el único instrumento para actuar el poder estatal al objeto de sancionar ciertas conductas tipificadas



como delito. A este instrumento ha de someterse el Estado que no puede imponer un castigo si no es a través de un proceso judicial y una sentencia.

El haz de garantías que integran los derechos incluidos tanto en el 24.1 CE, como en el art. 24.2 CE, se protegen con independencia del tipo de proceso en donde se actúe, con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, y eso lleva aparejado el deber judicial de evitar desequilibrios e impedir limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión (SSTC 152/2000, de 12 de junio; 211/2003, de 1 de diciembre; y 18/2006, de 30 de enero).

Así pues, el art. 24.1 CE está considerando también la posición de quien acude a los tribunales de justicia reclamando su actuación, solicitando la tutela de derechos e intereses legítimos, pretendiendo evitar con esta cláusula de cierre que las normas procesales o la actividad jurisdiccional le impidan reaccionar y hacer valer sus derechos en el curso del proceso frente a las iniciativas de la contraria o a la intervención del propio juez. En todo caso, según STC 160/2009, de 29 de junio, el derecho de defensa se conforma con el respeto de las normas y garantías procesales siempre que éstas, a su vez, respondan a la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. En este sentido, cuando sean los acusadores los recurrentes podrá discutirse en el recurso, sin limitación alguna, la aplicación del derecho sustantivo y procesal, pero los principios de igualdad de partes y el derecho a no sufrir indefensión han de permitir que estas también puedan discutir la valoración de la prueba realizada en la instancia. No en vano el recurso de apelación es, en su esencia, un *novum iudicium* y a él es posible traer lo discutido y valorado en la primera instancia, pues si no fuera así nos encontraríamos ante otro tipo de recurso, limitado en sus motivos, y más parecido a una casación.



Como recuerda la STS 631/2014, de 29 de septiembre, «es cierto que esta Sala ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por las partes acusadoras cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero, entre otras)».

En consecuencia, mostramos nuestra oposición a la disposición prevista en el art. 733 ALECrím, conforme al cual únicamente la persona condenada puede interponer recurso de apelación para que la sala de apelación revise la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en cuanto a la suficiencia, validez y licitud de la prueba de cargo, así como otras hipótesis alternativas a la inculpatória y más favorables al reo que no hubiesen sido tenidas en cuenta por el órgano de enjuiciamiento. Es más, este precepto permite a la persona condenada, en su apartado segundo, que pueda reclamar al tribunal de apelación que tome en consideración hechos relevantes para la decisión del recurso que no fueron debatidos en la instancia cuando haya tenido conocimiento de ellos con posterioridad a la conclusión del juicio oral.

Como es sabido, el TC ha consolidado un cuerpo de doctrina sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que, iniciado con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, se ha perfilado hasta la actualidad con numerosas resoluciones (SSTC 213/2007, de 8 de octubre; 64/2008, de 26 de mayo; 180/2008, de 22 de diciembre; 120/2009, de 18 de mayo; 132/2009, de 1 de junio; y 184/2009, de 7 de septiembre). Conforme a esta doctrina, el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías exige que solo el órgano judicial ante el que se practiquen, con posibilidad de contradicción y publicidad, pueda valorar las declaraciones de las partes,



testigos o peritos. Por consiguiente, ha de estimarse vulnerado aquel derecho si el órgano de apelación condena a quien fue absuelto en la instancia, o agrava su situación en el caso de que hubiera sido condenado, si para ello establece una nueva declaración de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas personales, de manera que si en la fase de apelación se debaten cuestiones de hecho suscitadas por la apreciación de aquella clase de pruebas, habrá de celebrarse una vista pública con posibilidad de contradicción, para que el órgano de apelación pueda resolver con un conocimiento directo e inmediato de las mismas, ya que se trata de pruebas cuya cabal valoración exige que se desarrollen ante la presencia del órgano judicial que ha de decidir.

El TC insiste en que la exigencia de inmediación en la práctica de las pruebas personales sería fútil, como garantía de efectiva defensa de las partes y de la adecuada apreciación de aquéllas, si un tribunal superior pudiera reconsiderarlas con la mera fundamentación de la sentencia recurrida o con la constancia documental que proporciona el acta del juicio oral (SSTC 64/2009, de 9 de marzo; y 173/2009, de 9 de julio).

También es doctrina constitucional consolidada que la constatación de la existencia de la lesión precedente conlleva la del derecho a la presunción de inocencia si tales medios de prueba, impropriamente valorados en la fase de recurso, se erigieron como única o cardinal prueba de cargo para fundar la condena (SSTC 207/2007, de 24 de septiembre; 28/2008, de 11 de febrero; y 24/2009, de 26 de enero).

La reforma introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, pese a ser francamente restrictiva para las partes acusadoras en lo que al recurso de apelación se refiere, al menos establecía posibilidades para evitar que una sentencia manifiestamente arbitraria en el ámbito fáctico fuera inatacable. Sin embargo, la regulación de los motivos de apelación *fácticos* del Anteproyecto



no prevé ninguna excepción en este sentido, nada puede hacerse contra una sentencia que, respetando las normas procesales, llegue a conclusiones absurdas o ilógicas en el terreno fáctico, si la corrección de dichas conclusiones supone un perjuicio para la persona acusada.

Por ello, se recomienda que se valore la posibilidad de incluir que el Ministerio Fiscal o una acusación personada puedan interponer recurso de apelación alegando como motivo el error en la apreciación de la prueba, en cuyo caso puedan instar la repetición en la segunda instancia de aquellas pruebas personales que a su juicio hubieran sido incorrectamente valoradas por el órgano *a quo* y de cuya revisión pudiera derivarse la alteración del sentido del fallo. En tal caso, la norma habría de prever, igualmente, que se procediese a la citación del acusado a la vista de apelación en la que se practicaría tal prueba para que pueda estar presente en el desarrollo de la misma y pueda rebatirla eficazmente con la asistencia de su letrado, pues solo así quedaría salvaguardado su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. De esta manera, se consagraría una regulación más acorde con la igualdad de armas y el proceso equitativo que tantas veces se invoca.

El Anteproyecto configura un sistema amplio para la práctica de la prueba ante la sala de apelación pero solamente a instancia de la persona condenada (art. 736), que podrá introducir hechos y pruebas nuevas con motivo del recurso de apelación, en cuyo caso —y solo en este— se permite a las acusaciones proponer las pruebas que estiman pertinentes. El apartado 2 del art. 736 prevé que si se admitiera la práctica de nuevos medios de prueba, la parte apelada podrá solicitar al tribunal la repetición de todas o algunas de las pruebas practicadas en la instancia al objeto de que el tribunal de apelación pueda valorarlas todas de manera conjunta. La repetición podrá sustituirse por la lectura del acta o el visionado de la grabación si todas las partes se muestran conformes. No se considera correcto afirmar, como hace el art. 736, párrafo 1, que solo podrá practicarse prueba en apelación a instancia de la persona



condenada cuando el art. 735.2, párrafo 3, prevé la posibilidad de que las partes (se entiende que todas las partes, cualquiera que sea la posición procesal que ocupen) puedan solicitar la práctica de prueba, conforme a lo establecido en el art. 736 ALECrím, al formular sus escritos de alegaciones, adhiriéndose o impugnando el recurso. La propia esencia del recurso de apelación, como actividad de revisión de lo hecho en primera instancia, exige dar a las partes la posibilidad de proponer prueba en apelación, aunque sea con las limitaciones de motivos concedidos a las partes acusadoras en el art. 728.1 ALECrím, pues incluso la acreditación de una posible infracción de normas o garantías del proceso puede exigir también una acreditación probatoria, bien porque se conozcan hechos nuevos relevantes, bien porque no se pudiera proponer prueba en la instancia, porque no se pudieron practicar o porque las propuestas hayan sido indebidamente denegadas.

Aun cuando se admite que la repetición de las pruebas pueda ser sustituida por la lectura del acta o el visionado de la grabación, es preciso que todas las partes se muestren conformes. Sobre este punto parece no existir concordancia entre esta previsión del art. 736.2.II y el art. 737.3 ALECrím. Por otra parte, la práctica de prueba en segunda instancia con la amplitud expuesta puede determinar un nuevo juicio, aun excepcionalmente, con motivo del recurso de apelación, frente al juicio oral que ya se ha celebrado. Existe así un riesgo de que se perjudique el resultado de las pruebas al perder espontaneidad y que la segunda instancia desvalore excesivamente lo resuelto por el tribunal de instancia.

El Anteproyecto de 2020 difiere en este punto de la propuesta de Código Procesal de 2013, cuyo art. 596 preveía la posibilidad de que también el Ministerio Fiscal pudiese solicitar la práctica de prueba, ocasionando así un importante e injustificado desequilibrio entre el penado y el resto de partes intervinientes en el procedimiento.



El Ministerio Fiscal no estaría facultado para invocar por vía de recurso la denegación indebida de pruebas propuestas. Esta disposición no parece concordante con el art 635.7 ALECrím que permite impugnar sin distinción entre las partes la denegación de pruebas en la fase de preparación del juicio oral al interponer recurso de apelación contra la sentencia («todas las cuestiones previas relativas a la prueba se resolverán en el auto de admisión. Contra el auto de admisión de prueba no cabrá recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia, en el que se podrá denunciar la indebida admisión o denegación del medio de prueba propuesto»).

Sobre lo dispuesto en el art. 736 ALECrím acerca de que solo puede practicarse prueba en apelación a instancia de la persona condenada, cabe hacer dos objeciones:

1ª) Debe considerarse legitimado al Ministerio Público para denunciar la vulneración de la tutela judicial efectiva cuando no se tengan en cuenta por el tribunal sentenciador pruebas pertinentes y de cargo esgrimidas por el/la fiscal. Tal legitimación ha sido reconocida en las SSTC 65/1983 y 99/1989 y en las SSTS 79/1998, de 22 de enero; 38/1998, de 11 de marzo; 1259/1998, de 27 de octubre; 1779/2000, de 20 de noviembre; 530/2003, 5 de septiembre; y 536/2005, de 28 de abril. Por tanto, el impedimento contenido en dicho precepto lesionaría el derecho contenido en el art. 24.1 CE.

2ª) Si, conforme al art. 702 ALECrím, el Ministerio Fiscal puede recurrir en interés de la persona condenada como defensor de la legalidad, ha de hacerlo con las mismas herramientas que la propia ley otorga a la parte condenada, aunque formalmente no lo sea. Sería absurdo que, por el hecho de ser parte acusadora, el Ministerio Fiscal no pueda proponer pruebas que beneficien a la parte condenada y que puedan implicar una reducción de la pena o la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad (atenuante o eximente).



La celebración de vista con presencia de la persona acusada no solo tendrá lugar cuando el tribunal lo considere oportuno o cuando se solicite la práctica de prueba nueva, sino en todo supuesto en que el tribunal de apelación pueda modificar o anular la resolución impugnada en perjuicio de la persona acusada. La víctima debe ser informada, en todo caso, de la celebración de la vista (art. 737 ALECrim).

Finalmente, el art. 740 ALECrim dispone que la sentencia dictada en apelación es susceptible de recurso de casación, salvo en el supuesto de anulación de la sentencia de instancia.

**§ 139.** En línea con la reforma de la casación introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, el Anteproyecto pretende avanzar hacia un modelo de casación eficiente —en palabras de su exposición de motivos— en cuya virtud el Tribunal Supremo establece la doctrina jurisprudencial vinculante para todos los órganos judiciales del orden jurisdiccional penal, asegurando la unidad en la interpretación de las normas y garantías legales y la igualdad de todos los ciudadanos en la aplicación de la ley penal.

La exposición de motivos proclama el fin de la reforma en materia de casación: unificar la doctrina penal y procesal garantizando la función nomofiláctica y el principio de igualdad ante la ley. En este sentido, solemnemente se proclama que «la división normativa que la legislación actual establece entre la vieja casación de 1882, convertida de facto en una suerte de tercera instancia, y la articulada en torno al concepto de interés casacional, con funciones de unificación de doctrina, debe ser superada. La casación no puede seguir cumpliendo la finalidad tradicional de revisar integralmente lo decidido en las instancias previas del proceso —finalidad revisora que se satisface, precisamente, con la generalización de la apelación— sino que ha de aspirar a convertirse en un mecanismo dinámico de unificación doctrinal frente a las decisiones adoptadas por las Salas de Apelación de los Tribunales Superiores



de Justicia de cada Comunidad Autónoma y por la de la Audiencia Nacional. La casación ha de ser, en definitiva, una garantía instrumental de la igualdad de todos los ciudadanos en la aplicación del ordenamiento penal. De ahí que la presente ley opte por generalizar la exigencia de interés casacional, llevándola también, como se verá, a la aplicación de las normas de Derecho procesal».

La aspiración del prelegislador de unificar en un solo modelo la casación es loable y la necesidad de articularlo pasa por la modificación de las leyes de planta y procedimiento. Ocurre, sin embargo, que —como veremos— el Anteproyecto no ha conseguido crear un solo modelo de recurso pues aunque se extiende el interés casacional a los aspectos penales y procesales, la impugnación por el motivo de infracción de garantías procesales conectada con derechos fundamentales solo se admite para las sentencias en origen dictadas por tribunales de instancia colegiados. Eso crea un recurso de casación de dos velocidades, por lo que la implantación del modelo único se ha visto frustrada. El nuevo recurso de casación implementado por el prelegislador es más amplio para los delitos graves y aquellos delitos menos graves cualificados por su importancia en el art. 31.2 ALECrím. El resto de delitos menos graves, cuyas sentencias matrices provendrán de tribunales de instancia unipersonales, verán reducida su capacidad de impugnación al interés casacional penal, esto es, a la pura infracción de ley del vigente art. 849.1 LECrím.

El Anteproyecto sugiere y literalmente expresa su ambiciosa pretensión. Quiere, de un lado, romper con la equiparación o solapamiento de funciones entre apelación y casación y, de otro, construir un modelo único de casación basado en el interés casacional que extiende a la unificación doctrinal y nomofiláctica en normas penales y procesales.

El texto prelegislativo, pese a su pretensión uniformadora, establece una unificación doctrinal penal y otra de naturaleza procesal penal. En la casación penal, por infracción de cualquier norma sustantiva, el recurso cabe frente a las



sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal del TSJ o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, lo que incluye a todos los delitos graves y menos graves, aunque en este último caso la sentencia originaria hubiera sido dictada por un tribunal unipersonal. No pueden llegar a casación las sentencias dictadas en apelación en el juicio por delitos leves.

En cambio, en relación con los motivos de casación puramente procesales se opta por la limitación de las sentencias recurribles. Solo accederán a la casación procesal las dictadas en primera instancia por tribunal colegiado. Se mantiene, pues, la cláusula limitativa establecida en la propuesta de Código Procesal Penal de 2013. Se entiende que esta restricción sigue siendo útil para evitar un excesivo volumen de entrada de asuntos en el trámite de admisión. La casación procesal, por el motivo del art. 744.1.2º ALECrim, en resumen, solo cabrá contra los delitos graves y los menos graves relacionados en el art. 31.2 ALECrim. La única posibilidad de que la casación procesal llegue a delitos menos graves no enumerados en el art. 31.2 es que sean conexos con otros graves o menos graves cualificados (art. 31.5 ALECrim).

Respecto de las limitaciones establecidas en el Anteproyecto para las sentencias dictadas en primera instancia por un órgano unipersonal (art. 744.1.2º ALECrim), las cuales no podrán basarse en motivos de infracción procesal por vulneración de un precepto constitucional, hay que llamar la atención acerca de que tales sentencias pueden acceder en apelación a las respectivas Salas de recursos de los TSJ o de la AN, por lo que la casación puede no ir dirigida contra la sentencia de primera instancia unipersonal sino contra la dictada en apelación. De ahí que no sea muy razonable ese distinto tratamiento, máxime cuando la infracción procesal puede ser cometida en segunda instancia, y ese límite del art. 744.1.2º ALECrim impediría denunciar la infracción.



Lo auténticamente genuino del Anteproyecto de 2020 es que en el ámbito de los delitos que llegan a casación la labor nomofiláctica se extiende a las normas sustantivas y a las normas procesales, aunque con la limitación señalada de que la infracción procesal no podrá ser examinada si la sentencia ha sido dictada por tribunal de instancia unipersonal.

Para evitar la atrofia de la Sala Segunda ante la admisión del motivo por infracción procesal, se refuerza notablemente el trámite de admisión. La experiencia acreditada demuestra que la administración eficiente de la entrada de asuntos —en un sistema que pretende filtrar los recursos en razón de su interés objetivo en la formación de jurisprudencia— solo puede lograrse flexibilizando las exigencias formales de admisibilidad. Se opta por ello por una sala de admisión de tres magistrados a la que corresponde decidir sobre la admisión de los recursos. Concurriendo unanimidad de estos tres magistrados, esta sala podrá apreciar por simple providencia que el recurso de casación interpuesto carece de todo interés casacional. La gestión eficiente de este sistema de inadmisión dependerá, obviamente, de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuente con recursos humanos idóneos, que sirvan de soporte técnico adecuado a la labor que han de desarrollar los magistrados en el trámite de admisión. La racionalización de dicho trámite también incluye la atribución al Tribunal Supremo de ciertos poderes normativos accesorios, que le permitirán fijar los requisitos formales exigibles a los recursos, particularmente los relativos a su extensión máxima.

Tal como sostiene con acierto el art. 742 ALECrim, a través del recurso de casación se establece la doctrina jurisprudencial del orden jurisdiccional penal, asegurando la unidad de interpretación y la igualdad en la aplicación de la ley penal. Siendo ello así, hemos de considerar la improcedencia de encomendar al Tribunal Supremo la revisión de la aplicación de las normas constitucionales llevada a cabo por los tribunales inferiores. Si la finalidad de la casación consiste en asegurar la unidad interpretativa de la ley penal, la fijación de



doctrina en el orden constitucional no es misión encomendada al Tribunal Supremo. El redactado de la propia Constitución española no deja al respecto lugar a dudas.

La regulación propuesta por el Anteproyecto, reservando la supervisión constitucional por parte del Tribunal Supremo, solo en relación con las sentencias dictadas en primera instancia por tribunales colegiados, evidencia la ausencia de necesidad procesal, a criterio del propio autor del Anteproyecto, de una revisión constitucional por parte del Tribunal Supremo.

Siendo ello así, suprimir esta revisión constitucional innecesaria del Alto Tribunal de casación permitiría potenciar la misión propia y característica del Tribunal Supremo, consistente en la unificación de la interpretación de las normas penales, así como de las normas procesales de necesaria aplicación para la vigencia de la ley penal.

Las conclusiones más relevantes que del nuevo modelo de casación pueden extraerse serían, por tanto, las siguientes:

1.ª) Cabe recurso de casación en relación con todas las sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y penal de los TSJ y la Sala de apelaciones de la Audiencia Nacional, lo que incluye a todas las sentencias originales del tribunal de instancia, sea unipersonal o colegiado.

Recordemos, no obstante, que no cabrá recurso de casación frente a las sentencias de apelación dictadas en el juicio por delitos leves (art. 742.3 ALECrím).

Sí cabrá, en cambio, el recurso de casación frente a las sentencias dictadas por la sección unipersonal de enjuiciamiento del tribunal de instancia en los juicios por delitos menos graves. Ahora bien, en este caso solo podrá alegarse



como motivo casacional el de infracción de ley del art. 744.1.1º ALECrím, no el de infracción procesal por vulneración de un precepto constitucional que queda reservado a las sentencias dictadas en primera instancia por tribunal colegiado, salvo que se trate de un delito menos grave de los relacionados en el art. 31.2 ALECrím, en cuyo caso también cabrá la casación procesal.

Por consiguiente, si se trata de delitos graves o de los delitos menos graves cualificados del art. 31.2 ALECrím, cabe recurso de casación por ambos motivos: infracción de norma jurídica sustantiva e infracción de norma procesal conectada con derecho fundamental.

2.ª) El motivo por infracción de ley o norma penal sustantiva del art. 744.1.1º ALECrím debe ser interpretado al modo del actual art. 849.1 LECrím. Pese a que el prelegislador hable solo de *infracción de cualquier norma jurídica sustantiva*, es evidente que las normas civiles, sociales o administrativas que complementan los tipos penales en blanco y las normas del mismo carácter básicas para determinar el juicio de tipicidad deben incluirse en la interpretación.

Como recuerda el Acuerdo de Pleno de 9 de junio de 2016, interpretando el alcance del vigente art. 847.1.b) LECrím, «los recursos articulados por el art. 849.1 deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva».

También, tal y como enseña la STS de 11 de diciembre de 2019, «cuando el art. 849.1º habla de norma jurídica del mismo carácter hay que entender norma



sustantiva. Pero eso, que puede considerarse afirmación pacífica, exige una modulación cuando pensamos en recursos de casación contra autos (art. 666.1º LECrim, *v.gr.*) que, por su especificidad, solo son aptos para ventilar cuestiones procesales y no de derecho material. En esos casos una exégesis lógica impone entender que el recurso puede basarse en la vulneración de una norma procesal. Otro entendimiento más estricto supondría contradecir abiertamente la ley (que de forma expresa admite la casación contra decisiones sobre competencia en muchos pasajes). No cabría nunca casación contra una decisión de competencia pues solo estará comprometida la interpretación de una norma de índole procesal como es el art. 14 LECrim (o en su caso los arts. 15, o 18 del mismo cuerpo legal). Cuando la ley abre la casación al debate de temas de competencia, de forma implícita está estirando el ámbito del art. 849.1º LECrim, permitiendo a través de ese cauce discutir un punto de derecho no sustantivo, sino procesal como es la competencia. Solo así cobran coherencia las previsiones de un recurso de casación contra decisiones sobre competencia (arts. 25, 23, 25, 27, 31, 35, 43, 676, 759 LECrim)».

La redacción del art. 744 ALECRim (*motivos de casación*) debería ceñirse a que el recurso de casación podrá basarse en la infracción de cualquier norma jurídica sustantiva penal, así como de cualquier norma que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, siendo preciso respetar los hechos que la sentencia declare probados.

3.ª) En relación con el interés casacional, hay que recordar que el TS ha declarado que la nueva casación basada en el interés casacional es un recurso en el que prevalece claramente el *ius constitutionis* (ATS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2007, recurso 2484/2003), subrayando reiteradamente la función nomofiláctica (*ad exemplum* ATS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2019, rec. 2776/2017) y limitando su objeto a una estricta función revisora del juicio jurídico (ATS, Sala de lo Civil de 12 de julio de 2011).



El interés casacional debe concurrir complementando tanto al motivo por infracción de ley como al motivo por infracción procesal.

Constituye un acierto absoluto extender los motivos de interés casacional, que deben ser interpretados con criterio amplio de admisibilidad, hasta el punto de que, en nuestra opinión, siempre que existe infracción de ley, concurre interés casacional que exige un pronunciamiento del TS. Es más, en ocasiones, en temas límites, como por ejemplo el «exceso en la construcción» en ordenación del territorio del art. 319.1 CP, cuando se construye más allá de la licencia administrativa y se discute si ese exceso es de elementos complementarios o independientes de los autorizados, debe sostenerse la concurrencia de interés casacional para insistir en la doctrina que ha sido cuestionada, *ad vitanda pericula*. Se trataría de reforzar la función preventiva del derecho penal, adelantando la barrera de protección de la función nomofiláctica.

4.ª) El art. 743 ALECrim dispone que solo son recurribles en casación aquellos autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos resolutorios de recursos de apelación dictados por los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional cuando, de acuerdo con el art. 47.2 ALECrim, se pronuncien sobre la falta de jurisdicción de los tribunales españoles.

En cuanto a estos últimos, ya la STS 974/2016, de 23 de diciembre, aceptó la posibilidad de interponer recurso de casación contra autos en los que se deniega la jurisdicción a nuestros tribunales. Además, dicha resolución se pronuncia en el siguiente sentido: «La dimensión constitucional de la capacidad de jurisdicción de los tribunales españoles hace explicable que todo debate acerca de su afirmación o negación se solucione mediante normas que sitúan la decisión en órganos de primer orden en la estructura del Estado. Este dato, fácilmente constatable, permitió a la Sala Segunda concluir la necesidad de una interpretación integradora que confiera al Tribunal Supremo la oportunidad de pronunciarse».



En su redacción anterior a la Ley 41/2015, el art. 848 LECrim se refería expresamente a los autos de sobreseimiento libre en el procedimiento ordinario. El precepto exigía que se tratase de un auto en el que se decretase el sobreseimiento libre y que se dictase por entenderse que los hechos no eran constitutivos de delito. En el procedimiento abreviado, por su parte, el Pleno no jurisdiccional de 9 de febrero de 2005 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dispuso: «Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado solo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: - Se trate de un auto de sobreseimiento libre. - Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables. - El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación».

Estos autos de sobreseimiento regulados en el art. 622 ALECrím y concordantes ya no son recurribles en casación, solo en apelación ex art. 626 ALECrím.

Siendo razonable que el legislador permita al acceso a la casación de modo limitado y excepcional para autos que resuelvan cuestiones de especial relevancia, no lo es que excluya de la misma a los autos de sobreseimiento. El Anteproyecto establece en su art. 158 que los autos de sobreseimiento tendrán efecto de cosa juzgada al igual que las sentencias, una previsión que repite en sus arts. 176.6, 179.4 y 627.1. A lo largo de su articulado equipara en numerosas ocasiones la eficacia del auto de sobreseimiento y la sentencia (extinción de la caución y de las medidas cautelares, destrucción de documentos y grabaciones, condena en costas, etc.). En cualquier caso, es innegable que el auto de sobreseimiento produce los mismos efectos procesales que una sentencia absolutoria, por lo que no parece razonable excluirlo del control casacional, al menos cuando en el proceso aparezca un



sujeto imputado, situación que en el Anteproyecto se sustituye por la formulación provisional de cargos.

Si las resoluciones sobre prescripción del delito o la acumulación de condenas son susceptibles de casación, con mayor motivo debe de serlo el sobreseimiento, al menos, en determinados supuestos.

El Anteproyecto prevé como autos recurribles en casación los siguientes:

- i) El auto que resuelve la declinatoria no admite recurso alguno (art. 47.1 ALECrim), pero si el tribunal considerado competente se estima incompetente, se planteará una cuestión de competencia que deberá resolver el tribunal superior común (art. 48.2 ALECrim). Este tribunal superior, ante tribunales de garantías o de audiencia preliminar de comunidades autónomas distintas, puede llegar a ser el Tribunal Supremo, en cuyo caso debería admitirse casación.
- ii) El auto que declare la extinción de la responsabilidad penal por prescripción (art. 897.2 ALECrim).
- iii) El auto que resuelve la fijación del tiempo máximo de cumplimiento de las penas en los supuestos del art. 76 CP (art. 904.2 ALECrim).
- iv) El auto que, en los supuestos de delito continuado, concurso ideal o concurso medial enjuiciados por separado, fije la penalidad conjunta, que nunca podrá perjudicar al condenado (art. 905 ALECrim).
- v) El auto que resuelva el incidente de ejecución de la pena de prisión permanente revisable (art. 919 ALECrim).



El Consejo Fiscal estima que esta relación de autos, anteriormente mencionados, susceptibles de casación ha de incorporarse al art. 743 del Anteproyecto.

5.ª) Se considera positiva la creación de la sala de admisión que decidirá sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación. Los motivos de inadmisión están recogidos en el art. 753 LECrim. A través de la falta de fundamento, de la ausencia de interés casacional o de la circunstancia de haberse resuelto otros recursos sustancialmente idénticos, puede aliviarse la carga competencial del Tribunal Supremo.

Se echa de menos en el art. 746 ALECrim que el recurrente no se vea obligado a indicar los motivos en los que pretende basar su recurso, aunque sea de modo sucinto. La facultad de denegar la preparación del mismo no debe ceñirse exclusivamente a los requisitos formales de plazo o susceptibilidad de casación de la sentencia impugnada, sino que también es necesario que se extienda a comprobar que el motivo de impugnación alegado permite el acceso a la casación y que puede tener interés casacional, y ello solo es posible si el recurrente no indica brevemente en el trámite de preparación cuáles sean los motivos de su recurso.

6.ª) En cuanto a la decisión del recurso, cuando la Sala desestime el recurso de casación, declarará no haber lugar al mismo y condenará en costas al recurrente. Si estima los motivos, las soluciones pueden ser distintas. Si es por infracción de ley y se estima, en la misma sentencia y no en segunda sentencia, corregirá en derecho. Cuando se estime vulneración de derechos fundamentales basada en irregularidad o infracción procesal, las consecuencias jurídicas pasan desde la absolución hasta la devolución de actuaciones al mismo o distinto tribunal para celebración de nuevo juicio.



7.<sup>a</sup>) Se entiende correcta la extensión del interés casacional. En concreto las dos siguientes:

i) Plantear una cuestión que permita al Tribunal Supremo abordar un cambio de su propia doctrina jurisprudencial en virtud de un proceso de reflexión interna.

ii) En caso de infracción de precepto constitucional, cuando la sentencia recurrida plantee una cuestión nueva sobre las que no haya doctrina de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional.

iii) En general siempre que exista infracción de ley o doctrina penal o procesal del Tribunal Supremo que convenga reforzar.

8.<sup>a</sup>) No queda claro que se haya conseguido el propósito del Anteproyecto de unificar el recurso de casación creando un solo modelo pues en el fondo subsisten dos modelos de recurso.

El primero, que se aplicará frente a las sentencias dictadas en apelación por delitos menos graves, que no lo sean del art. 31.2 ALECrim, que solo admitirá el motivo de infracción de norma sustantiva del art. 744.1.1<sup>o</sup> ALECrim.

El segundo, referido a los delitos graves y a los menos graves seleccionados en el art. 31.2 ALECrim, que permitirá alegar, además del motivo de infracción de ley, el de infracción procesal por vulneración de un precepto constitucional.

Quiérase o no, en el fondo, se articulan dos recursos asimétricos. Los delitos graves y los menos graves del art. 31.2 ALECrim contarán con un motivo adicional, por lo que en el fondo la pretensión unificadora se habrá visto superada.



Esta extensión de la unificación doctrinal al segundo motivo es discutida en la doctrina por varias razones:

- i) Ruptura del esquema unificador que se pretendía con perjuicio para los delitos menos graves no cualificados.
- ii) Conveniencia de implementar el modelo de admisión como motivo de la infracción procesal conectada con derecho constitucional.

En relación con la primera censura ya hemos dicho que el modelo de recurso es de dos velocidades. Ahora bien, la exclusión de la unificación doctrinal en los delitos menos graves que no sean de los relacionados en el art. 31.2 ALECrím es una opción legítima del prelegislador y no censurable, pues el derecho a los recursos es de configuración legal, el examen de la legalidad procesal ya habría sido doblemente comprobado, subsistiría el recurso de amparo y de esta forma se evita la atrofia del órgano.

Así ha resuelto esta duda el TC en relación con el actual art. 847.1.b) LECrím. En efecto, el actual modelo de la Ley 41/2015, referido a los delitos menos graves y consagrado en el art. 847.1.b) LECrím y que impedía en los delitos menos graves invocar motivos procesales y constitucionales, ha sido bendecido por el Tribunal Constitucional. La STS de 29 de octubre de 2019 señala sobre la cuestión que en principio la Ley 41/2015 tuvo la bondad de extender la función nomofiláctica penal a todos los delitos, incluidos los menos graves que no llegaban a casación.

Es decir, hubiera sido posible que el prelegislador limitase el recurso de casación al motivo de infracción de ley a todos los delitos, pues el sistema del Anteproyecto garantiza que ese examen de la infracción procesal haya sido efectuado por el tribunal de instancia colegiado y por el tribunal de apelación, existiendo luego el amparo como recurso extraordinario. No obstante, en



nuestra opinión el sistema dual de casación del Anteproyecto tiene la bondad de que la unificación de doctrina del Tribunal Supremo y el interés casacional pueda extenderse al derecho procesal en los delitos graves o menos graves cualificados del art. 31.2 ALECrím, lo que resulta enriquecedor. Además, frente a posibles abusos en su utilización la sala de admisiones podrá inadmitir todos aquellos que incurran en los defectos recogidos en el art. 753 ALECrím.

En efecto, la Sala Segunda no debe ser una *Sala de lo Constitucional*, solapando funciones del Tribunal Constitucional, que en amparo podría desautorizarle, pero sí ha de ser una Sala de lo Penal y Procesal Penal del Tribunal Supremo, correspondiéndole unificar toda la riquísima doctrina penal y procesal del Tribunal Supremo. Ha sido el TS —y no el TC— el que en muchas ocasiones ha establecido la doctrina adecuada sobre las normas procesales y su vinculación con el derecho constitucional, pues no es concebible el derecho penal sin el presupuesto procesal penal. El propio TC ha destacado la especial posición del Tribunal Supremo y de su jurisprudencia (STC 115/2017, de 19 de octubre) «a quien le está conferida la función de interpretar la ley —también, evidentemente, la procesal—, con el valor complementario que atribuye a su jurisprudencia el Código civil». En la misma línea, la STC 37/2012, de 19 de marzo, ya declaró que «toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el artículo 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales». Por tanto, con la citada salvedad, corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación ante él interpuestos y su resolución en todos los aspectos —penales y procesales— (STC 37/1995, de 7 de febrero).



Se considera, por tanto, adecuada la extensión del interés casacional a la doctrina procesal del Tribunal Supremo, aunque se circunscriba a las sentencias dictadas en origen por los tribunales de instancia colegiados.

9.ª) Como novedad, el Anteproyecto prevé que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo determine, mediante acuerdo que se publicará en el BOE, la extensión máxima y otras cuestiones formales de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación (art. 752.3.II ALECRim).

10.ª) Finalmente, destacar que el art. 756.2 ALECRim atribuye el conocimiento de los recursos de casación al Pleno de la Sala de lo Penal en los siguientes casos: i) cuando se plantee una cuestión que permita al Tribunal Supremo abordar un cambio de su propia doctrina jurisprudencial en virtud de un proceso de reflexión interna; y ii) cuando el Presidente de la Sala de lo Penal lo estime conveniente por la relevancia de la cuestión que haya de ser resuelta.

Por último, debemos llamar la atención de que se duplica en el art. 759 ALECRim la numeración del apartado 5.

**§ 140.** El **Título V** del Libro VII regula en los arts. 760 a 770 «la revisión de sentencias firmes» en tres capítulos diferentes: i) el juicio de revisión (arts. 760 a 767); ii) la anulación de sentencias dictadas en ausencia (art. 768); y iii) la revisión de sentencias firmes por cambio legislativo o declaración de inconstitucionalidad (arts. 769 y 770).

El llamado juicio de revisión, previsto en el Capítulo I, constituye el actual recurso extraordinario de revisión en materia penal del que conoce la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

El Anteproyecto regula los motivos de revisión en la línea seguida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que define con mayor concreción; introduce la



obligación de cualesquiera autoridades públicas de poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado aquellos hechos que puedan dar lugar a una revisión penal; y especifica con mayor claridad el contenido y alcance de la revisión en función del motivo aducido por la parte legitimada.

Es necesario apuntar respecto de los motivos de revisión recogidos en el art. 760 ALECrim que parece que la legitimación debiera extenderse, si el demandante hubiese fallecido, al cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación, o a los ascendientes y descendientes del demandante, o en todo caso a sus herederos. Si tal como sostiene el precepto, la legitimación solo se concede en casos graves y, además, persistentes, no parece razonable restringir la legitimación solo al demandante. Además, esta limitación entra en contradicción con la legitimación concedida a dichas personas por el art. 761 ALECrim, referido a las sentencias firmes dictadas por tribunales españoles. Si una lesión de tal gravedad causada por un tribunal español fundamenta una legitimación tan amplia, no se comprende la limitación al demandante, cuando la lesión afecta a los derechos humanos según los tratados internacionales.

Resulta acertada la introducción de la posibilidad de revisar las sentencias firmes cuando haya un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se declare que ha habido una violación de alguno de los derechos del Convenio, cuando por su naturaleza y gravedad entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión (art. 760.2 ALECrim).

El art. 761 ALECrim, cuando regula la legitimación, olvida a los herederos del fallecido, refiriéndose al cónyuge, ascendientes y descendientes. La existencia de estos familiares no excluye la posibilidad de designar otros herederos testamentarios por lo que la legitimación debería ampliarse. El heredero sucede al causante en sus derechos y obligaciones, continuando su personalidad en la vida jurídica, por lo que su exclusión carece de razonabilidad. No es posible



que el/la abuelo/a pueda demandar y no lo pueda hacer quien asume la condición de heredero testamentario, continuando a todos los efectos la personalidad del fallecido.

El Capítulo II del Título V (integrado únicamente por el art. 768 ALECrím) recupera la institución de la anulación de sentencias firmes dictadas en ausencia del condenado que ya preveía el anteproyecto de 2011, que solo podrá fundarse en la infracción de normas y garantías procesales que produzcan efectiva indefensión. Su tramitación se sustanciará conforme a lo previsto para el recurso de apelación contra sentencias.

El Capítulo III configura, como ya hiciera la propuesta de Código Procesal de 2013, un procedimiento para la revisión de sentencias condenatorias firmes como consecuencia de reformas legislativas más favorables al reo (art. 769 ALECrím) o sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de alguna norma determinante de un fallo condenatorio que haya alcanzado firmeza (art. 770 ALECrím).

A fin de conectar lo dispuesto en el art. 770 ALECrím con el art. 40 LOTC, se propone la siguiente redacción al mencionado art. 770:

*Quando el Tribunal Constitucional dicte una sentencia que declare inconstitucional y nula una norma penal o de otra naturaleza determinante de un pronunciamiento condenatorio firme y de la que resulte una reducción de la pena o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad penal, se procederá en la forma prevenida en el artículo anterior, sin perjuicio de lo que el propio Tribunal Constitucional disponga expresamente en cuanto a los efectos de su pronunciamiento.*

Por último, la disposición transitoria primera del Anteproyecto prevé que se tramitarán conforme a su articulado los recursos de apelación o casación que se interpongan contra sentencias dictadas con arreglo a la legislación



derogada. Igualmente, el juicio de revisión, la anulación de las sentencias dictadas en ausencia y la revisión de sentencias firmes por cambio legislativo o declaración de inconstitucionalidad.



**ADENDA OCTAVA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

***Libro VIII. De los procedimientos especiales***



§ 141. Dividido en siete títulos, el **Libro VIII** del Anteproyecto (arts. 771 a 872) aborda la regulación de los procedimientos especiales: Título I (*los procedimientos urgentes*); Título II (*el procedimiento por delito privado*); Título III (*el procedimiento contra personas aforadas*); Título IV (*procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea*); Título V (*el juicio por delitos leves*); Título VI (*procedimiento por decomiso autónomo*); y Título VII (*procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución*).

§ 142. El **Título I** lleva por rúbrica «los procedimientos urgentes» y se distribuye en tres capítulos (arts. 771 a 796).

§ 143. El **Capítulo I** aborda dentro de las «disposiciones generales» la regulación de la investigación inmediata común a los procedimientos urgentes, distinguiendo en los Capítulos II y III entre dos modelos de procedimientos de enjuiciamiento, rápido e inmediato, novedad este último frente a la regulación actual, que supone que la sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia pueda realizar, en funciones de guardia, un juicio oral inmediato —en el plazo máximo de 72 horas— en determinados supuestos.

Como se expondrá a continuación, se valora positivamente el mantenimiento, con las innovaciones introducidas en el Anteproyecto, de un procedimiento semejante en cuanto a su esencia, como señala la exposición de motivos, al «procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos» que «ha demostrado su utilidad práctica en el objetivo de modernizar y actualizar el funcionamiento de la justicia penal».

El denominado *juicio rápido* ha devenido un instrumento imprescindible de agilización de la justicia penal al ofrecer una respuesta judicial rápida y eficaz para la resolución de los delitos menos graves y flagrantes. En este sentido, la introducción en el Anteproyecto de la posibilidad de enjuiciamiento inmediato



no solo para delitos leves sino también para delitos menos graves se pone en valor como medio eficaz de agilización de la administración de justicia, ahora bien, cabe señalar que la posibilidad de aplicar el modelo de enjuiciamiento inmediato se considera procedente no solo en los supuestos tasados establecidos en el art. 792 ALECrím, sino respecto de cualquier otro delito menos grave y flagrante cuya investigación se haya culminado durante el servicio de guardia y respecto del que el/la fiscal haya decidido formular acusación.

Su efectiva implantación dependería de la suficiencia de medios personales, de la capacidad de las fiscalías y de los tribunales de enjuiciamiento y de una cuestión de organización, no de la concreta tipología delictiva que haya sido objeto de investigación inmediata, siempre que se trate de un delito menos grave flagrante de modo que una vez finalizada la fase de investigación urgente si el/la fiscal solicita la apertura del procedimiento de enjuiciamiento podría hacerse siempre de forma inmediata, sin perjuicio en este caso de mantener la posibilidad de que la defensa interese el sobreseimiento y que el juez de guardia valore junto a la suficiencia de las diligencias de investigación practicadas la existencia de causas de sobreseimiento antes de decidir sobre la apertura de juicio oral inmediato con señalamiento en el plazo de setenta y dos horas.

El Capítulo I (arts. 771 a 780), que aborda la regulación de las disposiciones generales, aparece dividido en tres secciones: ámbito de los procedimientos urgentes, actuaciones de la policía judicial y la investigación urgente.

En cuanto al ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes (art. 771 ALECrím), se valora positivamente la ampliación del ámbito objetivo al no comprender una delimitación tasada de tipos delictivos como prevé el art. 795 LECrím para el vigente procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Su ámbito de aplicación contempla todos los delitos



castigados por pena privativa de libertad que no exceda de cinco años o con cualesquiera otras penas que no excedan de diez, siempre que se trate de delitos flagrantes o bien delitos susceptibles de investigación concentrada en el servicio de guardia.

Es requisito además, a semejanza del *juicio rápido* actual, que las actuaciones se inicien en virtud de atestado policial y que la policía judicial haya detenido a una persona o bien la haya citado para comparecer ante el fiscal por haber sido denunciada en el atestado, si bien se contempla en el apartado 3 del art. 771 ALECrím la posibilidad, que se valora muy positivamente, de que no solo se incoe en virtud de atestado policial, sino que puede acordar su incoación el/la fiscal, ordenando la detención o citación urgente de la persona denunciada, en los casos de delitos flagrantes o susceptibles de investigación concentrada en el servicio de guardia.

En el art. 772 ALECrím se ofrece por el legislador definiciones auténticas de *delito flagrante* y de *delito susceptible de investigación concentrada* a los efectos de la determinación del ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes, valorándose muy acertada la categorización de los segundos atendiendo a la posibilidad de realizar la investigación íntegra en el servicio de guardia, denominación como señala la exposición de motivos «más indicativa de su verdadero sentido que la de “investigación sencilla” que contiene la regulación actual».

En cuanto a las formas de terminación del procedimiento y supletoriedad (art. 773 ALECrím), se prevé la posibilidad de que los procedimientos urgentes concluyan por conformidad, por razones de oportunidad o mediante el sistema de justicia restaurativa de acuerdo con lo dispuesto en el Libro I del Anteproyecto, posibilidad que merece una valoración positiva.



En el ámbito de los procedimientos urgentes, en concreto en el art. 773.2 ALECrím, se propone la inclusión del siguiente tenor literal:

*En los supuestos de conformidad, el fiscal podrá solicitar la imposición de la pena inferior en grado a la prevista legalmente, siendo de aplicación supletoria, en todo lo no previsto expresamente en el presente título, las normas del procedimiento ordinario de esta ley.*

La remisión en bloque a la regulación de la conformidad en el Libro I determina que estén comprendidos todos los procedimientos de su ámbito de aplicación, sin la limitación, por tanto, en cuanto a la pena solicitada existente en la legislación vigente (art. 801.1 LECrím), lo que supone una ampliación del ámbito de la conformidad que redundará en una mayor celeridad de la justicia penal. Sin embargo, no contempla la posibilidad de que se acuerde la firmeza de la sentencia en el mismo acto ni que se resuelva sobre la suspensión de la ejecución de la pena, trámites previstos en la legislación vigente que sin duda agilizan la tramitación y conclusión del procedimiento y la ejecución de la condena, por lo que se propone que se mantenga esta posibilidad introduciendo expresamente su regulación.

En cuanto al servicio de guardia (art. 774 ALECrím), la referencia debe hacerse al servicio de guardia de la fiscalía competente y de la sección de investigación del tribunal de instancia, ya que aunque el servicio de guardia se preste por un/a fiscal de guardia que dirige la investigación y ejerce la acción penal y un juez de guardia que asume las funciones del juez de garantías y de juez de la audiencia preliminar y en caso de conformidad actuará también como juez de la conformidad, el/la fiscal no está integrado en la sección de investigación del tribunal de instancia.

Debe tomarse en consideración que en la nueva regulación el/la fiscal en servicio de guardia pasará a desarrollar, además de las funciones que ejerce



hoy en día en cuanto al ejercicio de la acción penal, la función de director de la investigación acordando y practicando las diligencias que considere necesarias, de modo que esta duplicidad de funciones determina la necesidad de valorar el número de fiscales que habrán de prestar el servicio de guardia, incrementando sin duda la plantilla de fiscales de guardia, así como el régimen de prestación de las guardias, diaria o semanal.

Se prevé que en el procedimiento de enjuiciamiento inmediato el servicio de guardia de la sección de enjuiciamiento asuma las funciones del órgano de enjuiciamiento, lo que debe conllevar que se prevea también que el/la fiscal que asista a la celebración del juicio oral lo haga en servicio de guardia, luego se propone que se complete el apartado 3 del art. 774 ALECrím especificando que en ese caso el servicio de guardia estará compuesto por un fiscal de guardia que asistirá a la celebración del juicio oral y un magistrado de guardia que realizará las funciones que corresponden al órgano de enjuiciamiento.

Se valora de forma positiva la regulación de las actuaciones de la policía judicial recogida en la Sección 2ª (arts. 775 y 776 ALECrím), análoga a la del vigente art. 796 LECrím.

La Sección 3ª aborda la regulación de la investigación urgente (arts. 777 a 780). El art. 777 ALECrím prevé que una vez recibido el atestado el/la fiscal acuerde, si procede, la incoación de una investigación urgente mediante decreto y la práctica de las diligencias pertinentes que puedan practicarse durante el servicio de guardia, diligencias análogas a las previstas en el art. 797 LECrím. Debe hacerse mención, no obstante, a la posibilidad de incoación del procedimiento de investigación urgente previsto en el art. 771.3 ALECrím, decreto de incoación que en ese caso comprenderá la orden de detención o la citación urgente de la persona denunciada.



En cuanto a las actuaciones ante el órgano judicial (art. 778 ALECrim), se considera que en el ámbito de la investigación urgente solo es procedente la posibilidad de acudir al juez de guardia para la adopción de medidas cautelares y el aseguramiento de pruebas. En el ámbito de la investigación inmediata la práctica de una diligencia de investigación que precise autorización judicial según el texto del Anteproyecto normalmente supondrá que no pueda realizarse en el servicio de guardia y conllevará la declaración de secreto en la mayoría de los casos, si bien en relación a la necesidad de practicar una diligencia de investigación que precise de autorización judicial se reitera una vez más las consideraciones antes expresadas en este informe respecto a la limitación de los supuestos de necesidad de autorización judicial.

El aseguramiento de la prueba puede plantearse en supuestos de ausencia inmediata del testigo o víctima. Cabría en estos casos el aseguramiento ante el juez de guardia mediante un trámite ágil (bastaría la comparecencia de las partes y que se recibiera la declaración testifical de forma contradictoria) pero no se considera procedente la remisión al Título VIII del Libro IV cuya tramitación impediría su realización en el servicio de guardia y, por tanto, supondría la transformación en procedimiento ordinario de investigación. Se propone que se practique en unidad de actuación con la siguiente fase en la comparecencia prevista en el art. 782 ALECrim.

En el art. 779 ALECrim se introduce la posibilidad de que la defensa de la persona investigada solicite la práctica de diligencias que pueda llevarse a cabo en el servicio de guardia, lo que merece una valoración positiva si bien se propone introducir también la posibilidad de que las acusaciones personadas presenten informaciones o soliciten diligencias, con respeto al principio de igualdad de partes y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Se valora positivamente que la denegación por el/la fiscal de la práctica de las diligencias propuestas no sea susceptible de impugnación, sin perjuicio de su



reproducción en el trámite de comparecencia ante el juez de guardia previsto en el art. 783 ALECrím.

En relación a la conclusión de la investigación urgente (art. 780 ALECrím), se propone la introducción de la posibilidad de que el/la fiscal acuerde la transformación del procedimiento cuando el delito objeto del mismo no sea de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación del procedimiento urgente de investigación.

**§ 144.** El **Capítulo II** (arts. 781 a 791) aborda la regulación del «procedimiento de enjuiciamiento rápido» que se inicia con el decreto del fiscal acordando su apertura y dando traslado al juez de guardia del procedimiento junto con el escrito de acusación que solo contendrá la calificación provisional y la proposición de prueba.

El apartado 1 del art. 782 ALECrím se considera innecesario habida cuenta de que, llegado este momento procesal en el que el/la fiscal ha formulado escrito de acusación, el delito será obviamente de los comprendidos en el art. 771.1 ALECrím, que vienen determinados solo por la pena que llevan aparejada.

En relación con el juicio de suficiencia de la investigación urgente (art. 783 ALECrím), se propone que se prevea que, en el supuesto de que el juez de guardia acuerde la transformación en procedimiento ordinario de investigación por estimar necesaria la práctica de nuevas diligencias, se entre a debatir en la comparecencia sobre la adopción de medidas cautelares.

A continuación, regula el Anteproyecto el juicio de acusación en su art. 784 trasladando al procedimiento de enjuiciamiento rápido la valoración por el juez de guardia de la existencia de fundamentación de la acusación.



Se valora de forma negativa y, en consecuencia, se propone la supresión de la previsión de tener por desistida a la acusación particular si no presenta escrito en el acto dado que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad de partes habida cuenta de que sí se otorga plazo a la defensa.

Como se ha señalado anteriormente, se considera pertinente regular expresamente la conformidad ante el juez de guardia de forma análoga a la prevista en el vigente art. 801 LECrim al objeto de que el procedimiento continúe siendo ágil y eficaz manteniendo la rebaja de la pena en un tercio. Por consiguiente, sería procedente establecer que la defensa prestara su conformidad en el acto de la comparecencia sobre juicio de acusación manifestando su adhesión al escrito de acusación presentado por las acusaciones.

En relación a la resolución del juez de guardia (art. 785 ALECrím), en consonancia con lo anterior, sería procedente contemplar en la regulación la sentencia del juez de guardia en caso de conformidad, declaración de firmeza y decisión sobre suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y retirada del permiso de conducción, en su caso.

En cuanto a la presentación del escrito de defensa, el art. 786 ALECrím prevé la posibilidad de que la defensa solicite plazo para la presentación del escrito de defensa de modo análogo a la regulación actual, que se fija por el juez dentro de los cinco días siguientes. Se propone que en este supuesto se prevea expresamente que se dé traslado a las acusaciones del escrito de defensa presentado con posterioridad a la comparecencia ante el órgano de enjuiciamiento.

El art. 787 ALECrím, que regula la formación del expediente para el juicio oral, no prevé el supuesto en que la defensa interese el plazo de cinco días para



formular escrito de defensa de modo que solicite la expedición de testimonios para formar el expediente con posterioridad. De admitirse esta posibilidad debe darse traslado a las acusaciones habida cuenta de que las partes deben conocer el contenido íntegro del expediente para el juicio oral.

En relación con el art. 789 ALECrím, que regula la admisión de pruebas por el órgano de enjuiciamiento, si bien parece deducirse del mismo que no son de aplicación las normas sobre impugnación por las partes de las pruebas propuestas y celebración de vista para decidir sobre la admisión, se propone que conste expresamente que no son de aplicación o bien que decide el órgano de enjuiciamiento directamente pues la sencillez y agilidad de los procedimientos para el enjuiciamiento rápido compaginan mal con la complejidad procesal de la admisión de pruebas como está prevista en el Anteproyecto para el procedimiento ordinario.

El juicio oral (art. 790 ALECrím) se celebrará en los términos previstos para el procedimiento ordinario, de modo que su prolija tramitación resta agilidad al enjuiciamiento, reiterando aquí los comentarios y objeciones que se han efectuado con anterioridad en el presente informe en relación al juicio oral, si bien se pone de relieve que en el ámbito del procedimiento de enjuiciamiento rápido no debería ser aplicable la posibilidad de proposición de nueva prueba prevista en el art. 636 ALECrím dado que la brevedad de los plazos imposibilita el traslado a las partes y la resolución en caso de impugnación con anterioridad al día de señalamiento del juicio oral.

**§ 145.** El **Capítulo III** (arts. 792 a 796) aborda la regulación del «procedimiento de enjuiciamiento inmediato», señalando la exposición de motivos que «el procedimiento de enjuiciamiento inmediato se circunscribe, en cambio, a los supuestos de comisión, en situación de flagrancia, de ciertas infracciones penales caracterizadas por su baja penalidad y por la objetividad de sus elementos típicos (delitos de conducción sin permiso, conducción con



superación de tasa de alcohol determinada, negativa a someterse a la prueba de alcoholemia y tipos básicos de los delitos de hurto, hurto de uso de vehículo y daños). También se incluye dentro del ámbito de aplicación de este procedimiento cualquier delito leve para el que se incoen diligencias urgentes —ya sea porque el fiscal así lo haya decidido o porque vinieran inicialmente calificadas como delito menos grave—».

Si bien la regulación de un procedimiento de enjuiciamiento inmediato no solo para delitos leves sino también para delitos menos graves merece una valoración muy positiva, no se comparte la limitación a los tipos delictivos comprendidos en el art. 792 ALECrím que no resulta justificada ni amparada en las estadísticas que año tras año se ofrecen en las memorias de la Fiscalía General del Estado, donde puede comprobarse con facilidad que los delitos que principalmente son objeto de este procedimiento son los cometidos contra la seguridad vial (el 40% de las incoaciones de diligencias urgentes y el 52% de las calificaciones en el año 2019; el 38% de las incoaciones y 50% de las calificaciones en el año 2018; 37% incoaciones y 49% calificaciones en 2017), seguidos de los delitos de violencia de género y familiar (el 28% de las incoaciones y el 15% de las calificaciones en el año 2019; el 34% de las incoaciones y el 22% de las calificaciones en el año 2018; 31% incoaciones y 17% calificaciones en 2017) y, en mucho menor volumen, los delitos contra la propiedad (el 8% de las incoaciones y el 7% de las calificadas en el año 2019; el 8% de las incoaciones y el 8% de las calificaciones en 2018; 85 incoaciones y 9% calificaciones en 2017). De modo que no se comprende la exclusión en esta modalidad de enjuiciamiento inmediato de los delitos de violencia de género y familiar, aún más si tenemos en consideración que la prontitud en la celebración de juicio oral respecto del momento en que se formula la denuncia es fundamental en estos casos para otorgar la debida tutela a la víctima de violencia de género o familiar.



Discrepamos, pues, del prelegislador en que la objetividad de sus elementos típicos sea la cualidad determinante del delito para que el mismo sea susceptible de enjuiciamiento inmediato, sino que el enfoque debe hacerse, sin mermar las posibilidades de defensa de la persona acusada, desde el punto de vista de la eficacia de un enjuiciamiento con prontitud y su repercusión en la debida tutela de las víctimas, de modo que de no admitirse por el legislador su extensión a todos los delitos objeto de investigación urgente en los términos antes propuestos, al menos deberían estar comprendidos los delitos de violencia de género y familiar.

El art. 793 ALECrím, que regula la comparecencia sobre enjuiciamiento inmediato, simplifica notablemente los trámites de modo que tras oír a las partes sobre la necesidad de practicar diligencias adicionales, si el juez de la guardia estima que la investigación realizada es suficiente acordará directamente la incoación de procedimiento de enjuiciamiento inmediato, omitiéndose el juicio de acusación sin entrar a valorar la posible existencia de causas de sobreseimiento, y en el mismo sentido se simplifica la tramitación de la presentación de escritos de acusación y defensa (art. 794), de modo que no presentado/s el/los escrito/s de acusación, la defensa debe presentar escrito de defensa en el acto o lo formulará oralmente y el letrado de la administración de justicia hará el señalamiento para la celebración de juicio oral dentro de las setenta y dos horas siguientes ante el tribunal de enjuiciamiento en funciones de guardia, regulación que se valora positivamente.

En cuanto a la proposición de prueba, cabe señalar que si bien el apartado 3 del art. 794 ALECrím prevé que los escritos de acusación y defensa contendrán únicamente la calificación provisional y la proposición de prueba, previendo el apartado 4 la formalización del expediente para el juicio oral y el apartado 5 la práctica por el letrado de la administración de justicia de las citaciones necesarias de acuerdo con lo dispuesto en el art. 788, sin embargo el apartado 3 del art. 795 establece que las pruebas se propondrán en el propio acto,



existiendo por tanto una discordancia entre ambos preceptos que debe ser corregida.

Por último, en cuanto a la regulación del juicio oral (art. 795 ALECrím) se reiteran las observaciones realizadas al art. 790 ALECrím.

**§ 146.** El **Título II** del Libro VIII (arts. 797 a 807) aborda la regulación del «procedimiento por delito privado», cuyo ámbito de aplicación (art. 797 ALECrím) comprende los procesos por delitos de calumnia e injuria contra particulares del Título IX del libro II del Código Penal, salvo que sean conexos con otros públicos o semipúblicos y no puedan enjuiciarse por separado sin dividir la continencia de la causa.

En el art. 798 ALECrím se prevé el ejercicio de la acción mediante querrela dirigida al juez de garantías competente, si bien la querrela debería dirigirse a la sección de investigación del tribunal de instancia competente.

En cuanto a las formas especiales de terminación (art. 799), el precepto no especifica si el juez competente para declarar extinguida la responsabilidad penal de la persona querrelada prevista en el apartado 4 es el juez de garantías o un magistrado de la sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia.

Se valora positivamente la posibilidad de acudir al sistema de justicia restaurativa prevista en el art. 800 ALECrím suprimiendo la nueva regulación la conciliación previa obligatoria.

En cuanto al trámite de admisión (art. 802 ALECrím) que corresponde al juez de garantías, en el apartado 1 la remisión debe hacerse al art. 124 ALECrím sin que sea necesario recoger la excepción respecto a la letra a) del apartado 3 de ese artículo.



La regulación de las actuaciones preparatorias (art. 804 ALECrím) y de la tramitación posterior al procedimiento (art. 805 ALECrím) merecen una valoración negativa. Al respecto explica la exposición de motivos que «[c]onforme a la naturaleza privada de la infracción se prescinde de la investigación oficial como tal. El acto y el querellado pueden, sin embargo, solicitar del juez concretas actuaciones preparatorias que no puedan realizar por sí mismas y que sean indispensables para preparar el juicio oral. También se podrá solicitar del juez las correspondientes medidas cautelares, sin que proceda en ningún caso la prisión provisional por este procedimiento especial. Ante la ausencia de fase investigadora, puede decirse, en realidad, que este procedimiento se inicia en la fase intermedia. De ahí que, formulados los cargos con el traslado de la querrela y realizadas en su caso las actuaciones preparatorias puntualmente solicitadas, se exija la formulación inmediata de acusación ante el mismo juez, que resolverá lo procedente sobre la apertura del juicio oral».

Si bien puede haber supuestos en que no sea necesaria investigación previa, en otros muchos será necesario practicar diligencias para determinar si los hechos son constitutivos de delito y/o para la identificación del autor e, incluso, para determinar el tribunal de instancia competente. En muchos casos la investigación es tecnológica ante la proliferación de delitos de injurias y calumnias vertidos a través de las redes sociales o de internet. La regulación supone la atribución al juez de garantías de la admisión de la querrela, la decisión sobre la práctica de diligencias de investigación interesadas por las partes, la práctica de las diligencias y la decisión sobre la apertura de la fase de juicio oral o el sobreseimiento, competencias todas ellas reunidas en el mismo juez, contrariando así el espíritu acusatorio del Anteproyecto. Afirmar con rotundidad en la exposición de motivos que no existe fase investigadora sino que el procedimiento se inicia en la fase intermedia, supone obviar una realidad procesal y no evita que continúe siendo necesario como lo es en la actualidad practicar diligencias de investigación.



En el mismo sentido, se valora de forma negativa la tramitación posterior del procedimiento (art. 805 ALECrím). Como se ha dicho, la atribución de la decisión sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento al mismo juez de garantías que ha admitido a trámite la querrela y ha decidido sobre la práctica de diligencias es contrario al modelo que promueve el Anteproyecto. La decisión debería corresponder a un magistrado de la sección de enjuiciamiento, sin perjuicio de que no sea necesaria la completa tramitación de la fase intermedia del procedimiento ordinario.

Se prevé en el art. 806 ALECrím la remisión al órgano competente para el enjuiciamiento del expediente en su integridad, no resultando justificado un trato diferente en cuanto al acceso de lo actuado al acto de juicio oral y, por tanto, al órgano de enjuiciamiento habida cuenta de la posibilidad de que se practiquen diligencias de investigación que no deben tener un tratamiento diferente al que dispensa el Anteproyecto a las diligencias de investigación practicadas en el procedimiento ordinario o en el de enjuiciamiento rápido.

**§ 147.** Dividido en dos capítulos, el **Título III** (arts. 808 a 817) aborda la regulación del «procedimiento contra personas aforadas», estableciendo unas disposiciones generales en el Capítulo I y una serie de reglas especiales para diputados y senadores en el Capítulo II.

En cuanto a las disposiciones generales (arts. 808 a 812), la tramitación del procedimiento sigue las reglas generales del procedimiento ordinario, existiendo especialidades en cuanto al órgano competente para conocer del procedimiento por razón del aforamiento y al inicio del procedimiento (art. 809 ALECrím).

El apartado 1 del art. 809 ALECrím no contempla la posibilidad de inicio de oficio del procedimiento contra personas aforadas, en contraste con lo dispuesto en el art. 550 ALECrím en relación al inicio de la investigación, por lo



que se interesa su introducción, así como la de la posibilidad de iniciar el procedimiento en virtud de presentación de querrela.

El apartado 2 del art. 809 ALECrim prevé que si en el curso de un procedimiento de investigación resultan indicios que permitan atribuir a una persona aforada la realización del hecho punible, el/la fiscal practicará con ella la primera comparecencia y la remitirá a la sala competente por razón del aforamiento, continuando la tramitación conforme a las reglas del procedimiento ordinario. La redacción es un tanto confusa, considerando que lo procedente en este supuesto sería incoar procedimiento de investigación por el procedimiento especial contra persona aforada y dar cuenta al letrado de la administración de justicia de la sala correspondiente.

Se valora positivamente la regulación de la competencia judicial en las actuaciones previas al juicio oral (art. 810 ALECrim) que prevé que distintos magistrados de la sala competente actúen como juez de garantías y como juez de la audiencia preliminar y, a su vez, no podrán formar parte de la sala de enjuiciamiento. En el mismo sentido, una sala de recursos compuesta por tres magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá de los recursos de reforma y apelación interpuestos contra las resoluciones del juez de garantías y del juez de la audiencia preliminar y tampoco podrán participar en el enjuiciamiento posterior del hecho.

El Capítulo II (arts. 813 a 817) contiene «reglas especiales para diputados y senadores» relativas a su detención y a la necesidad de recabar autorización del Congreso de los Diputados o del Senado mediante suplicatorio dirigido a las Cámaras de conformidad con lo dispuesto en el art. 71 CE.

En este sentido, ninguna objeción se hace a la regulación prevista en el art. 814 ALECrim sobre la autorización para adoptar una medida cautelar personal,



previando la necesidad de recabar autorización del Congreso de los Diputados o del Senado por el juez de garantías, el de la audiencia preliminar o la sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo, según la fase del procedimiento en que la medida cautelar deba ser adoptada, sin perjuicio de la ejecución inmediata de la medida en los supuestos de urgencia.

Sin embargo, la regulación de la autorización para el enjuiciamiento (art. 815 ALECrím) plantea las siguientes observaciones atendiendo a que la petición del suplicatorio se demora hasta el momento anterior a dictar auto de apertura de juicio oral.

La exposición de motivos fundamenta esta previsión normativa en los siguientes argumentos: «En los supuestos de investigaciones contra diputados y senadores debe darse un cauce procedimental específico a la solicitud de autorización de las Cámaras conocida como suplicatorio. Hay que partir de la total ausencia de valor que caracteriza a la investigación del fiscal en el nuevo modelo. De esta forma, solo se puede perturbar el ejercicio de la función pública representativa que desarrolla la persona aforada si se solicita del juez una concreta actividad cautelar o si efectivamente se ejercita la acción penal y se pide la iniciación del verdadero proceso para la imposición de una pena. De ahí que sean estos dos supuestos —de petición de una medida cautelar y de formulación de escrito de acusación— los que determinan obligación de tramitar el correspondiente suplicatorio ante el Congreso de los Diputados o el Senado».

Sin embargo, no es el momento de la formulación por el fiscal del escrito de acusación, una vez finalizada la investigación, cuando se prevé en el Anteproyecto la petición del suplicatorio, sino en un momento posterior: antes de dictar auto de apertura de juicio oral, esto es, tras la formulación del escrito de defensa y la práctica de la audiencia preliminar en la fase intermedia, previsión que puede no ser acorde con lo dispuesto en el art. 71.2 CE



(«Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva»).

La doctrina constitucional ha entendido que la prerrogativa de la inmunidad de diputados y senadores es garantía del desempeño de su misión de forma que responde al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan dirigirse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones (STC 206/1992, de 27 de noviembre) y esta protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los diputados y senadores, sino frente a la amenaza de tipo político consistente en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada, injustificada o torticeramente, con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular (STC 90/1985, de 22 de julio; doctrina que reitera la STC 206/1992, de 27 de noviembre). En esta misma línea, se declaró en la STC 243/1988, de 19 de diciembre, concretando las afirmaciones anteriores, que la inmunidad «es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que pueden desembocar en privación de libertad, en tanto que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento» (doctrina que reitera la STC 206/1992, de 27 de noviembre).



El momento procesal oportuno para que el órgano judicial solicite la autorización a la Cámara ha sido siempre una cuestión compleja. Esta complejidad aumentó notablemente con la reforma procesal operada por la Ley Orgánica 7/1988 que suprimió el auto de procesamiento para los delitos previstos en el art. 779 LECrim. Debe tenerse en cuenta que tanto una decisión excesivamente temprana (que podría derivar en un sobreseimiento posterior a la tramitación del suplicatorio) como un envío tardío del suplicatorio (que podría derivar en nulidad de actuaciones) son decisiones cuestionables.

Así, sobre el momento en que adquiere el diputado o senador la condición de inculpado, momento que determina la necesidad de autorización de las Cámaras, ha sostenido el Tribunal Constitucional lo siguiente (SSTC 123 y 124/2001, de 4 de junio):

*Así pues, la Sala Segunda del Tribunal Supremo entiende posible, en supuestos como el examinado, una previa investigación judicial en orden a la determinación de la relevancia penal de los hechos y a la participación en los mismos de las personas aforadas contra las que se dirige la querrela, dándoles traslado de la denuncia o querrela de acuerdo con el art. 118 LECrim al objeto de que puedan ejercer desde el primer momento, como ha sucedido en este caso, el derecho de defensa, y considera que la condición de inculpado, a los efectos del art. 71.2 CE, no se adquiere con la mera admisión de la querrela, sino que requiere un juicio judicial de inculpación por la existencia de indicios racionales o sospechas fundadas de su participación en los hechos, de modo que antes de la formalización de ese juicio de inculpación es cuando ha de solicitarse el suplicatorio a la Cámara respectiva.*

*Pues bien, esta interpretación jurisprudencial del término inculpado en el sentido del art. 71.2 CE y, por consiguiente, la exigencia de que existan indicios racionales de criminalidad o sospechas fundadas o verosímiles sobre la participación de un Diputado o Senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la exigencia previa de autorización a la Cámara para su inculpación o procesamiento, en sí mismas consideradas, no pueden ser*



*en modo alguno tildadas de contrarias o desconocedoras de la finalidad institucional a la que sirve la prerrogativa de la inmunidad, ni nada al respecto se argumenta en la demanda de amparo, salvo la mera discrepancia del recurrente con el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y ello toda vez que el alcance conferido por dicha interpretación al término inculcado a los efectos del art. 71.2 CE , que excluye, obviamente, la posibilidad de adoptar medida cautelar alguna contra la persona del Diputado o Senador hasta que se obtenga, en su caso, la autorización de la Cámara respectiva para su inculpación o procesamiento, no afecta al mandato representativo del parlamentario en cuanto no le imposibilita e impide el desempeño de sus funciones parlamentarias, con lo que ninguna incidencia tiene en la composición y funcionamiento de las Cámaras, ni priva a éstas, antes de la inculpación o procesamiento del Diputado o Senador, de la facultad autorizatoria que le confiere el art. 71.2 CE y de valorar, en consecuencia, el significado político de la acción penal emprendida e impedir, en su caso, que la misma prosiga. En definitiva la interpretación judicial de la que discrepa el demandante de amparo preserva y no merma la finalidad institucional cuya salvaguarda se persigue mediante la prerrogativa de la inmunidad, que, como ya se ha señalado, no es otra que la de evitar la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar indebidamente la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular (STC 90/1985, de 22 de julio , FJ 6).*

*En efecto, la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria no impide que el Juez pueda investigar pero veda la realización de actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya sea mediante la expresión de un juicio formal de inculpación o a través de la práctica de otras diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado. A lo que cabe añadir que desde el momento en que el Juez cuente con elementos suficientes para adoptar alguno de los referidos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio.*

Por tanto, a la vista de la doctrina constitucional parece prudente determinar que el momento en que debe solicitarse el suplicatorio es tras la formulación de escrito de acusación por el Ministerio Fiscal por el que se ejercita la acción



penal, en aras de evitar posibles nulidades si se espera a un momento posterior.

En este sentido, el art. 589.1 ALECrím establece que «[e]l fiscal dictará decreto acordando la conclusión del procedimiento cuando, una vez practicadas las diligencias necesarias, concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal. En este caso, acompañará al decreto el escrito de acusación».

Por consiguiente, se propone la modificación del apartado 1 del art. 815 ALECrím en el sentido de que una vez formulado escrito de acusación por el Ministerio Fiscal el juez de la audiencia preliminar del Tribunal Supremo recabará la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado, modificación que es acorde, además, con el contenido de la exposición de motivos.

**§ 148.** El **Título IV** del Libro VIII regula el «procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea» (arts. 818 a 835).

Pese a la existencia de un anteproyecto específico de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal prevé también un procedimiento especial para su actuación en el Título IV, dividido en cuatro capítulos: disposiciones generales, iniciación del procedimiento de investigación, impugnación excepcional de la incoación del procedimiento, tramitación del procedimiento y terminación de la investigación.

De los dieciocho preceptos que componen el Título IV, diez reproducen básicamente los del anteproyecto específico de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la



Fiscalía Europea. De este anteproyecto específico se dio traslado a la Fiscalía General del Estado para la emisión por el trámite de urgencia de informe del Consejo Fiscal.

La regulación que contiene ese anteproyecto específico para adaptar el Reglamento de la Fiscalía Europea al ordenamiento nacional es, en general, más completa y extensa que la del procedimiento especial que aquí se examina, por ejemplo, en lo relativo a la asunción y devolución de competencia a las autoridades nacionales.

La principal diferencia entre ambos anteproyectos es la denominada impugnación excepcional del decreto de la Fiscalía Europea incoando el procedimiento, que se recoge en el Anteproyecto de LECrim pero no en el anteproyecto de adaptación de la Fiscalía Europea. En realidad, la regulación en el Anteproyecto de LECrim en este punto es confusa, ya que otorga legitimación para la impugnación a la Fiscal General del Estado a quien el Reglamento atribuye precisamente facultad decisoria en casos de discrepancia sobre el ejercicio de la competencia entre la Fiscalía Europea y la nacional. Entendemos, por tanto, que lo dispuesto en el Capítulo III sería incompatible con el art. 25.6 del Reglamento 2017/1939, cuyas previsiones se encontrarían adecuadamente desarrolladas en el art. 9 del anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional a dicho Reglamento.

Por todo lo anterior, para evitar posibles contradicciones, dado el solapamiento entre ambos anteproyectos y teniendo en cuenta que el específico para el funcionamiento de la Fiscalía Europea no solo es más completo sino que debería entrar en vigor mucho antes que la nueva ley procesal, se propone la supresión completa de este título y que la regulación se haga en virtud de ley especial.



No se entrará, por tanto, en este informe en el estudio detallado del procedimiento especial que se propone, remitiéndonos a lo dicho en el informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional a dicho Reglamento evacuado por el Consejo Fiscal. Baste recordar que nos parece injustificada la prohibición de la acusación popular, figura de previsión constitucional y arraigo en nuestra tradición procesal cuyo mantenimiento no impide el Reglamento Europeo, compatible con el Reglamento 2017/1939 y cuya utilidad en procedimientos por este tipo de delitos ha quedado probada.

**§ 149.** El Anteproyecto incorpora en el Libro VIII un **Título V** bajo la rúbrica «el juicio por delitos leves» integrado por los arts. 836 a 847.

La Fiscalía General del Estado ha abogado durante muchos años por que las algunas de las infracciones consideradas como faltas, luego delitos leves, quedasen al margen del Código Penal por su escasa gravedad. En este sentido, ha habido diversos pronunciamientos materializados, entre otros, en el informe del Consejo Fiscal de 8 de marzo de 2013 sobre el anteproyecto de reforma del Código Penal que propugnaba suprimir las infracciones penales leves, recogidas en el Libro III del Código Penal, postulándose la transformación de algunas de ellas en delitos menos graves, y el proyecto de Ley Orgánica (publicado en el Boletín del Congreso de 4 de octubre de 2013) de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que apuesta por una derogación de las faltas, idea que, en principio, ha de compartirse.

El preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, *por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, afirma que «debe primarse la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la



solución de los conflictos de especial gravedad. En tal sentido se viene pronunciando la Fiscalía General del Estado».

Alguno de los rasgos más característicos de esta reforma consistió en la creación de la figura del delito leve y la derogación completa del Libro III del Código Penal, desapareciendo la infracción penal constitutiva de falta, siendo las líneas maestras de la reforma básicamente tres: despenalizar algunas infracciones, incrementar el número de infracciones leves cuya perseguibilidad está sometida a la denuncia del perjudicado y establecer el principio de oportunidad reglada.

La Fiscalía General del Estado consideró necesario abordar las incidencias prácticas de la aplicación de esta reforma, como tema de obligado cumplimiento, a través de la Circular 1/2015, de 19 de junio, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*, introduciendo, respecto a la regulación del principio de oportunidad, un punto crítico al disponer que «el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe de ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata».

Junto a la reforma sustantiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ningún sentido tendría si no fuere acompañada de la necesaria reforma procesal que, después del transcurso de más de cinco años, se propone con el Anteproyecto y que exige un planteamiento más amplio y ambicioso al abordar materias tan importantes como la investigación a cargo del Ministerio Fiscal o el desarrollo del principio de oportunidad como medida alternativa a la celebración del juicio por delito leve.



A tal efecto, señala el Anteproyecto en su exposición de motivos que «[e]n el nuevo modelo de proceso penal, el juicio por delito leve tiene una dimensión forzosamente más limitada. La adecuada utilización del instrumento de la oportunidad debe aligerar considerablemente la carga ante los tribunales penales de estos asuntos de naturaleza menor. Esta circunstancia ha de llevar al fiscal al inmediato archivo por razones de oportunidad de la denuncia formulada, sin perjuicio de las acciones civiles o administrativas que puedan alcanzar a los interesados».

Estas medidas alternativas se regulan en el Capítulo II que a su vez remite a lo previsto en el art. 553 ALECrim que dispone que «[e]l fiscal, al recibir el atestado o denuncia, también podrá acordar mediante decreto: b) La remisión al proceso de justicia restaurativa cuando inicialmente pueda apreciarse la concurrencia de sus presupuestos. c) El archivo por razones de oportunidad, con los requisitos establecidos en esta ley».

Ha de valorarse positivamente que, una mayor eficacia protectora de los derechos de las víctimas para lograr una pronta y justa reparación de sus perjuicios, puede lograr un mejor y óptimo resultado acudiendo a estas vías alternativas, fundamentalmente debido al aumento de la litigiosidad que padecen los juzgados y tribunales de la jurisdicción penal, que se ha elevado considerablemente tras la reforma introducida en el Código Penal tras la LO 2/2019, de 1 de marzo, *de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente*, que devuelve a la vía penal los accidentes de tráfico por la vía de la imprudencia.

No obstante, respecto de las medidas alternativas previstas en el art. 553 ALECrim, al haber sido objeto de un análisis y estudio pormenorizado en el presente informe, hemos de destacar a modo de conclusión la valoración positiva que merece su positivización y que se realice así uno de los postulados



mayores, auspiciados tanto en el anteproyecto de 2011 como en la propuesta de CPP de 2013.

Sin embargo, merece una valoración negativa al no resultar lógico ni razonable que el prelegislador no haya aprovechado la reforma para introducir otras vías alternativas, tales como la conformidad en los juicios por delitos leves, en los supuestos de reconocimiento de los hechos por parte del sujeto pasivo.

Dado el modelo procesal proyectado en el que el/la fiscal tiene el dominio de la investigación y conocimiento exacto de los hechos sobre los que versa, resultaría relativamente fácil que formulase un decreto de propuesta de pena atenuada, que el juez posteriormente homologue y recabe la conformidad en comparecencia. Por otra parte, supondría un importante estímulo a la conformidad, en la medida en que se establecería una rebaja de la pena si el sujeto pasivo aceptara el decreto del fiscal.

Fuera de los supuestos previstos anteriormente, el inicio del procedimiento por delito leve tendrá lugar mediante decreto dictado por el fiscal (art. 839 ALECrím). El/la fiscal también podrá dictar decreto acordando la iniciación de procedimiento por delito leve cuando reciba denuncia o atestado por hechos que tengan dicha naturaleza o tan pronto como compruebe que los hechos objeto de un procedimiento de investigación son exclusivamente constitutivos de dicha clase de delitos.

El contenido necesario del decreto se recoge en el art. 840 ALECrím en el que deberá de constar: a) La identificación de la persona que ha formulado la denuncia, de la posible víctima del delito leve y de la persona que ha sido denunciada como su posible autor; b) La exposición sucinta de los hechos denunciados; c) La calificación provisional de tales hechos. También se acompañará, en su caso, la proposición de prueba para el acto del juicio oral, con indicación particular de los peritos y testigos que han de ser citados de



oficio, y la petición que proceda sobre la adopción o el mantenimiento de medidas cautelares.

Es cierto que la STC 328/1994, de 12 de diciembre, en referencia a las extintas faltas y con apoyo en la STC 150/1989, de 25 de septiembre, ya puso de relieve que la ausencia de prescripción alguna en la ley rituaría que consagre la existencia de una fase instructora, no impedía que el juez efectuase con la mayor urgencia las actuaciones preliminares o preparatorias dirigidas a preparar el juicio oral mediante la realización de los actos de investigación imprescindibles para la determinación del hecho y de su presunto autor.

Sin embargo, se evidencia la necesidad de introducir desde la fase embrionaria del procedimiento una mínima actividad probatoria o la práctica de algunas diligencias investigadoras en algunos delitos leves, para que el/la fiscal pueda calificar provisionalmente los hechos, averiguar la identidad de la persona denunciada o preparar el acto del juicio con la emisión de informes médicos forenses sobre sanidad de lesiones o informes periciales de tasación de efectos hurtados.

En este sentido, en relación al delito leve de usurpación de bien inmueble previsto en el art. 245.2 CP, la Instrucción de la FGE exige que «si la denuncia se formula en sede policial —supuesto más frecuente en la práctica—, se habrá de procurar que el atestado incluya los documentos, declaraciones y cualesquiera otras fuentes de prueba que sirvan al efecto de determinar no solo el título acreditativo de la lesión del derecho invocado por el/la denunciante, sino también las circunstancias espacio-temporales en las que se haya producido la ocupación del inmueble, la identidad y número de los/as posibles autores/as, su eventual estructura organizativa, la finalidad perseguida con la ocupación y cualesquiera otras variables relevantes a los fines de determinar la índole delictiva de los hechos, sus posibles responsables y la calificación jurídica inicial. Asimismo, deberá dejarse constancia expresa de la voluntad



del/de la denunciante víctima o perjudicado/a, favorable a solicitar la medida cautelar de desalojo de los/as ocupantes del inmueble, en su caso». Por consiguiente, solo con una fase previa investigadora a cargo del fiscal podrían quedar concretados tales extremos que permitieran atender a las prescripciones previstas en el art. 840 ALECrím.

En otro orden de cosas, merece una valoración positiva que el Capítulo I prevea en el art. 838 un régimen especial de medidas cautelares remitiendo a los preceptos 223 a 227 del mismo texto prelegislativo, que solo podrán acordarse cuando sean imprescindibles para la protección de bienes jurídicos de la víctima o de terceros o para evitar la continuación de la actividad delictiva.

Su duración máxima será de tres meses. No obstante, llama la atención la prohibición de salida del territorio español o de la Unión Europea con medidas de control como retención de pasaporte. Esta medida en concreto pudiera ir en contra de los principios generales establecidos en el art. 216 ALECrím que indica la necesidad de tener en cuenta para la adopción de las medidas la gravedad del delito que no concurrirá tratándose de delitos leves, siendo sus consecuencias de enorme trascendencia para el denunciado y la proximidad de celebración del juicio oral, que tratándose de delitos leves es de esperar se produzca en un tiempo razonable. Por ello, aunque puede tener utilidad en algún caso su previsión, lo cierto es que la desproporción palmaria será la regla general.

En ningún caso podrá acordarse la prisión provisional en el seno del procedimiento por delito leve (art. 838 ALECrím).

Sin embargo, ha obviado el prelegislador la regulación de otras medidas cautelares como el desalojo en los supuestos de delito leve de usurpación. A tal efecto, la Instrucción de la FGE 1/2020, de 15 de septiembre, *sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento*



*de morada y usurpación de bienes inmuebles*, prevé que «durante la celebración de juicio oral por delito leve de usurpación, en cuyo caso, siempre que promueva la condena del denunciado, el/la fiscal solicitará la medida cautelar de desalojo hasta tanto se dicte sentencia y esta devenga firme».

El Consejo Fiscal propone la supresión del último inciso del párrafo 3 del art. 841.2 ALECrím («No obstante, si la decisión del juez sobre el mantenimiento de las medidas no se produce en el plazo de diez días desde la fecha del decreto de iniciación, se entenderán automáticamente alzadas»), en tanto en cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva exige un pronunciamiento expreso y debidamente motivado del juez sobre la ratificación, modificación o alzamiento de las medidas cautelares adoptadas.

El decreto del fiscal que da inicio al procedimiento por delito leve está sometido a control judicial. En este sentido, el art. 842 ALECrím establece que el juez convocará a las partes al juicio oral, dentro de los diez días siguientes, si entiende que el hecho es constitutivo de delito leve. En otro caso, revocará el decreto del fiscal y dispondrá la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento ordinario de investigación. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de reforma. En la misma resolución resolverá sobre la adopción de medidas cautelares si tuvieran carácter urgente. En otro caso dará audiencia a las partes antes de dictar resolución contra la que puede interponerse recurso de reforma.

Así las cosas, una vez convocado el juicio oral, el art. 843 ALECrím dispone que corresponderá al letrado de la administración de justicia señalar fecha para la celebración de juicio oral y practicar las citaciones en su caso interesadas por el Ministerio Fiscal, omitiendo cualquier referencia acerca de la forma de realización de las mismas, por lo que en principio habría que acudir a lo ya dispuesto en el art. 271 LOPJ.



La intervención del Ministerio Fiscal en el acto del juicio por delito leve será preceptiva cuando estos tengan carácter público o cuando haya interesado la adopción o el mantenimiento de una medida cautelar personal. Fuera de estos casos, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, atendiendo al interés público y a la trascendencia social del asunto, los/as fiscales tienen la obligación de asistir (art. 845.1 ALECrim). En todo caso, el/la fiscal será siempre citado al juicio por delito leve, aunque no tenga obligación de asistir a este, e intervendrá en todas las actuaciones posteriores al dictado de la sentencia (art. 845.2 ALECrim).

Se sugiere la modificación del art. 845 ALECrim, debiendo ser el Fiscal General del Estado el que imparta las instrucciones sobre todos los supuestos en que los/as fiscales tienen la obligación de asistir al juicio. Tampoco se entiende, y se propone por ello su supresión, que se prevea la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal en la fase de recursos y ejecución en aquellos casos en los que no ha asistido al juicio.

Se pretende así revalidar la habilitación legal que la Ley 10/1992, de 30 de abril, *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, confirió en su día al Fiscal General del Estado para concretar por medio de instrucciones los supuestos en los que, en atención al interés público concernido, los/as fiscales pueden dejar de asistir al juicio cuando se trata de infracciones leves (entonces faltas) cuya persecución exija denuncia del ofendido o perjudicado, habilitación que fue desarrollada por la Instrucción 6/1992 de la FGE *sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril de medidas urgentes de reforma procesal*, y posteriormente complementada por la Circular 1/2003 de la FGE *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*.



Estos criterios fueron corroborados por la Circular 1/2015 de la FGE *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Se pretende que la intervención del fiscal en las vistas sea limitada y justificada en atención a la naturaleza y circunstancias de los hechos denunciados, buscando un equilibrio entre la protección del interés público y la acuciante necesidad de evitar el excesivo desgaste de la institución del Ministerio Público en procesos de escasa entidad.

En el Capítulo IV del Título V bajo la rúbrica «el juicio por delito leve», dispone el art. 846.4 ALECrim que «[p]racticada la prueba, el juez abrirá un nuevo turno en el que las partes formularán la calificación jurídica de los hechos, solicitando la libre absolución de la persona denunciada o concretando su pretensión de condena, que incluirá la pena a imponer y, en su caso, la responsabilidad civil y las costas del proceso».

No siendo preceptiva la asistencia letrada, de tal forma que las partes pueden ejercer la autodefensa, parece obviar el prelegislador que puede tratarse de personas legas en derecho, de tal forma que, a pesar de la escasa complejidad de los hechos sometidos a juicio, la exigua formación y conocimientos jurídicos impidieran a la parte poder ejercer de forma adecuada el ejercicio del derecho de defensa, pudiendo ocasionar un grave desequilibrio de las partes al quebrantar el principio de igualdad de armas, si alguna de ellas participase asistida de letrado.

Por ello, se interesa la incorporación al art. 846.4 ALECrim de la siguiente redacción: «Si, no asistiendo el fiscal al juicio, la parte acusadora no comparece asistida de letrado, su afirmación en el juicio de los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena».



Otro elemento que suscita confusión es la necesidad o no de asistencia letrada para la interposición del recurso de apelación. Si bien para todo el procedimiento por delito leve no es preceptiva, la remisión al régimen general del recurso de apelación introduce un elemento de duda que requiere de aclaración, puesto que no parece compatible la formulación de un recurso de apelación con los requisitos establecidos en el Anteproyecto (identificación clara de la infracción de la ley sustantiva alegada o la infracción procesal con cita de la norma legal o constitucional infringida, etc.) o la celebración de vista ante el tribunal de apelación sin la adecuada asistencia letrada.

**§ 150.** El **Título VI** del Libro VIII del Anteproyecto, que comprende los arts. 849 a 867, regula el «procedimiento por decomiso autónomo».

Resulta relevante comenzar citando la sentencia de la Audiencia Nacional, sección 2ª, número 14/2018, de 30 de marzo, en la que establece que «la institución del decomiso autónomo responde al proceso de armonización de normas europeas en esta materia (Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso de instrumentos y productos del delito) fue introducida en nuestro derecho por primera vez por la LO 1/2015 que introduce en el CP el art. 127 *ter* en relación con una serie de supuestos, fuera de la sentencia de condena, cuando la situación quede acreditada en un proceso contradictorio, lo que efectivamente introduce la nota de "autonomía" a esta clase de decomiso, precisamente en atención a estas dos notas».

Por tanto, uno de los principales problemas que asolan a la institución que nos ocupa es la complejidad y dispersión normativa como resultado de sucesivas reformas operadas por el legislador, algunas de ellas con tramitación simultánea, fruto, a su vez, de las exigencias del derecho internacional.

Comienza el prelegislador indicando en el art. 849 que «podrá ser objeto de un procedimiento por decomiso autónomo, los bienes, efectos o ganancias o de un



valor equivalente a estos en los casos y por los trámites expresamente previstos en el presente título».

La terminología empleada en los textos internacionales y que se ha ido aquilatando desde la Convención de 1988 hasta la Directiva 2014/42/UE considera como objeto del decomiso los *instrumentos* y *productos del delito*. La jurisprudencia se ha visto obligada a matizar los conceptos (SSTS 228/2013, de 22 de marzo; y 974/2012 de 5 de diciembre) y seguir la terminología internacional que es mucho más precisa, entre otras cosas porque los efectos o ganancias no dejan de ser bienes. Por ello, habría que unificar la terminología del CP y el ALECrím y acompasarla a la normativa internacional en aras a un mayor rigor y claridad conceptual.

Concreta el Anteproyecto en sus arts. 850, 851 y 852 las distintas modalidades de decomiso autónomo: i) decomiso autónomo por razones de necesidad en los supuestos de rebeldía o fallecimiento del encausado o de ausencia absoluta de capacidad procesal que haya dado lugar al archivo del procedimiento penal principal; ii) decomiso autónomo por razones de oportunidad cuando el fiscal, por la complejidad en la determinación del patrimonio delictual, se reserve expresamente la determinación del comiso; iii) decomiso autónomo por hallazgo sobrevenido de bienes cuando se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias procedentes del delito de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento previo siempre que no se haya resuelto con anterioridad sobre la procedencia del decomiso de dichos bienes.

Por tanto, el objeto de este procedimiento puede ser cualquier clase de decomiso, si bien respecto al decomiso autónomo por razones de oportunidad en los que existe reserva del fiscal, parece apartarse el prelegislador de las exigencias de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del



producto del delito en la Unión Europea puesto que limita el procedimiento al *decomiso sin sentencia*.

Efectivamente, el apartado 2 del art. 4 de la Directiva establece que en caso de que no sea posible efectuar de decomiso sobre la base del apartado 1 (resolución penal firme condenatoria por delito), al menos cuando dicha imposibilidad derive de la enfermedad o fuga del sospechoso o acusado, los estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de los instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio.

También parece apartarse el texto del articulado de la regulación prevista en el CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, cuyo art. 127 *ter* prevé que:

*1. El juez o tribunal podrá acordar el comiso 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.*

Si bien esta redacción anterior cumple de manera satisfactoria las exigencias de la citada Directiva, no sucede lo mismo con la proyectada reforma cuya



configuración del decomiso por razones de oportunidad parece exigir la existencia de una sentencia condenatoria firme por el delito cometido para que se pueda acordar el comiso de los bienes, instrumentos o ganancias relacionados con aquel, al disponer en el art. 851.3 ALECrim que «la demanda de decomiso autónomo solamente podrá ser presentada cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado haya concluido con una sentencia firme». De tal forma que se desnaturaliza la institución del comiso como consecuencia accesoria de la pena que pasa a convertirse en una simple acción civil de comiso. A la misma conclusión hay que llegar respecto al decomiso por hallazgo sobrevenido de bienes.

Por lo que se refiere a las normas sobre competencia contenidas en el párrafo segundo del art. 849 ALECrim, «[s]erá competente para el conocimiento de este procedimiento, en cualquiera de sus modalidades, el tribunal que deba dictar sentencia en primera instancia en el proceso penal principal». Esta expresión tiene una vocación de futuro, es decir, presupone que el procedimiento penal principal todavía no ha sido sentenciado. Sin embargo, el procedimiento de decomiso autónomo puede resultar posterior al procedimiento penal principal, por lo que debe sustituirse dicha expresión por «el tribunal competente para dictar sentencia». Dicha competencia se entiende sin perjuicio de la que corresponda al juez de garantías en relación con las actuaciones preparatorias de la pretensión, de acuerdo con el artículo 854 ALECrim.

Parece obviar el prelegislador, en concordancia con lo anteriormente expuesto, que en el decomiso autónomo por razones de oportunidad «la demanda solamente podrá ser presentada cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado haya concluido con una sentencia firme» (art. 851.3 ALECrim). Por tanto, corresponde la competencia al tribunal que hubiere dictado la misma.



Merece una valoración positiva la inclusión en el texto del articulado de un Capítulo II relativo a actuaciones preparatorias o investigación preliminar para «preparar el ejercicio de las pretensiones relativas al decomiso autónomo» en una pieza separada del procedimiento de investigación en la que el/la fiscal podrá practicar, por sí mismo o a través de la policía judicial y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, las diligencias de investigación patrimonial precisas para preparar la demanda (art. 853 ALECrIm).

Sin embargo, no merece un juicio favorable que dicha actuación previa de investigación esté sometida a una supervisión judicial previa que la faculte, por mor de señalar el art. 854 ALECrIm que corresponde al juez de garantías «autorizar los actos de investigación o adoptar medidas cautelares».

El sustento legal de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal se encuentra en el art. 5 EOMF, que ha sido interpretado conforme abundante doctrina elaborada por la Fiscalía General del Estado. La Circular 4/2010 de la FGE *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, vino a señalar que «existen una serie de actuaciones de carácter general consistentes en la emisión de mandamientos, dirigidos a entidades bancarias, entidades u organismos, requiriendo información patrimonial, respecto de las que no existe duda sobre la posibilidad de que el Fiscal pueda llevarlas a efecto a los fines de la determinación del objeto de la investigación». Así, el Tribunal Supremo recuerda (STS 986/2006, de 19 de junio) que el fiscal, en virtud de los arts. 4, 5, y 18 *bis* EOMF, puede requerir a las administraciones públicas, entidades, sociedades y particulares las informaciones que estime precisas en el curso de sus investigaciones.

Añade la citada Circular que «existen numerosos organismos e instituciones públicas y privadas a las que el fiscal puede acudir para recabar los datos que precise en sus diligencias de investigación. Sin ánimo exhaustivo se puede señalar respecto a productos bancarios: la Confederación Española de Cajas



de Ahorro (CECA), la Asociación Española de la Banca (AEB); en relación con investigaciones sobre sociedades y empresas: la Tesorería General de la Seguridad Social o los Registros Mercantiles; para la investigación sobre bienes muebles: el Registro de automóviles de la Dirección General de Tráfico, el Registro de matrículas de embarcaciones de la Dirección General de la Marina Mercante, el Registro de matrículas de Aeronaves de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, así como el Registro de Bienes Muebles; respecto de la situación de bienes inmuebles: los Registros de la Propiedad o la Dirección General del Catastro. Hay que destacar por su utilidad a estos efectos el Índice Único Informatizado Notarial, que recibe quincenalmente, de forma telemática, la comunicación al Consejo General del Notariado de todos datos sobre los documentos autorizados en las diversas notarias».

También hay que tener presente que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*, modificada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, habilita expresamente al fiscal para recabar de la administración tributaria los datos, informes o antecedentes necesarios para el desempeño de sus funciones en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

En este sentido, añade la Circular que la habilitación legal del Ministerio Fiscal para recabar datos sensibles incluidos en otros registros públicos, que fue inicialmente objeto de alguna controversia, ha sido despejada tras la reforma operada por Ley 24/2007, 9 de octubre, que modifica el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, toda vez que conforme a la nueva redacción dada al apartado primero *in fine* del art. 4, el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá (...) acceder directamente a la información de los registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial.

En relación con los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, el art. 44 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, regula las funciones de



la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, que es el órgano al que se atribuye la dirección e impulso de las actividades de prevención en la utilización del sistema financiero o de otros sectores de actividad económica para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, siendo una de dichas funciones la de garantizar el más eficaz auxilio en estas materias a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a la policía judicial.

Por ello, concluimos que no es necesario que dicha actuación de investigación esté sometida al control del juez de garantías en los supuestos en los que no exista afección de derechos fundamentales. Tal posición a la que hace referencia el art. 854.2 ALECrím aleja al juez de garantías de su mandato de imparcialidad; por tanto, se sugiere la supresión. El Ministerio Fiscal tiene competencia para oficiar a la policía judicial y a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (art. 1 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la ORGA) por lo que no necesita ninguna autorización judicial para realizar la investigación patrimonial.

A mayor abundamiento, en esta fase previa de investigación el prelegislador atribuye al juez de garantías la posibilidad de adopción de medidas cautelares de oficio, sin haber sido previamente solicitadas por alguna de las partes. Esta disposición se aparta de la regulación proyectada relativa a la destrucción y realización anticipada de efectos prevista respectivamente en los arts. 448 y 451 ALECrím, y que prevé en ambos casos que el/la fiscal recabe la autorización del juez de garantías, otorgando también legitimación a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, en los supuestos de destrucción.

A ello hay que añadir que la reforma no alcanza a incorporar íntegramente al derecho interno las disposiciones de la Directiva, al no trasladar el Anteproyecto las disposiciones contenidas en el art. 8 de la misma, que regula las garantías de las personas afectadas por el embargo y el decomiso de los



bienes, entre las que se encuentra la comunicación de la orden de embargo a la persona afectada tan pronto sea posible después de su ejecución, indicando —al menos brevemente— la razón o razones de la orden en cuestión, que solo estará en vigor durante el tiempo necesario para el aseguramiento de los bienes con vistas a un posible decomiso, siendo susceptible de ser recurrida en sede jurisdiccional (artículo 8.2, 3 y 4 de la Directiva).

Por lo que respecta al procedimiento, el art. 859 ALECrím se remite a las normas que regulan el juicio verbal regulado en el Título III del Libro II (*de los procesos declarativos*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, las comprendidas entre los arts. 437 a 447, si bien no hay que olvidar que también le serán aplicables en la medida que fueran comunes las disposiciones contenidas en el Título I del mismo Libro II, que precisamente se refiere a las disposiciones comunes a todos los procesos declarativos (arts. 248 a 398), salvo también que no sean contradictorias con la nueva regulación y, sobre todo, excepto en materia de recursos, en cuyo caso le serán aplicables las normas reguladoras de los recursos del proceso penal.

Por lo que se refiere a las normas procedimentales, hemos de indicar que merecen un juicio positivo, si bien deberían desarrollarse de forma detallada y específica, evitando las incertidumbres que derivan de la remisión a otros procedimientos ajenos al contexto en el que se desarrolla la incautación y embargo de los bienes objeto de decomiso.

No obstante, en el art. 857.1 y en el apartado b) del art. 861 ALECrím se propone la inclusión de la presencia del procurador junto al abogado de oficio, que asumirán la representación y defensa de la persona encausada y declarada rebelde en el proceso principal cuando no comparezcan en el procedimiento por decomiso autónomo.



En conclusión, merece una valoración favorable positivizar en el texto del articulado el procedimiento por decomiso autónomo, si bien su configuración debe ser congruente con la naturaleza que el comiso tiene en el Código Penal, además de estar amparada en la implementación de la normativa internacional, y que viene a resolver el importante problema del destino de los bienes, efectos, instrumentos incautados por haber servido para la ejecución del delito o de las ganancias provenientes del mismo, cuando por fallecimiento, rebeldía o incapacidad no pueda celebrarse el juicio contra el investigado.

**§ 151.** El **Título VII** regula el «procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución» (arts. 868 a 872).

La regulación proyectada es consecuencia de la STC 85/2019, de 19 de junio, como se indica en la propia exposición de motivos.

Con carácter previo al análisis del texto propuesto, resulta conveniente analizar el fundamento de este mecanismo de compensación frente a la prisión provisional no seguida de condena del art. 294 LOPJ.

Si bien razona la mencionada sentencia, tal y como ha reiterado el TEDH (SSTEDH de 25 de marzo de 1983, *asunto Minelli c. Suiza*; de 25 de agosto de 1987, *asunto Nölkenbockhoff c. Alemania*; de 25 de agosto de 1987, *asunto Englert c. Alemania*; de 25 de abril de 2006, *asunto Puig Panella c. España*; de 13 de julio de 2010, *asunto Tendam c. España*; de 16 de febrero de 2016, *asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*) que el art. 6.2 CEDH no establece un derecho a ser indemnizado y que tampoco lo hace el art. 24.2 CE, el fundamento de dicha compensación derivaría directamente del art. 17 CE, esto es, del derecho a la libertad. Pese a que el Tribunal Constitucional valora la inconstitucionalidad de los incisos relativos a la «inexistencia objetiva del hecho» por vulneración de los arts. 14 y 24.2 CE, con carácter previo procede a un análisis sobre el fundamento del art. 294.1 LOPJ,



concluyendo que se trata de un «mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio» que se impone al ciudadano que sufre prisión provisional y posteriormente no es condenado, la cual se justifica en aras del interés general. Por tanto, si bien ni el CEDH ni el art. 24.2 de la CE conceden un derecho a ser indemnizados, la argumentación utilizada no deja lugar a dudas de que la compensación deriva directamente del derecho a la libertad del art. 17.1 CE. No parece, por otra parte, que la evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales permita una regresión que suponga no reconocer derecho a indemnización en ningún caso.

La Constitución española después de recoger en el art. 106.2 el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, contempla de manera específica en el art. 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la administración de justicia, reconociendo el derecho a ser indemnizado de los daños causados por error judicial o consecuencia del funcionamiento anormal de aquella. Ambas modalidades, tanto la del art. 106.2 CE como la del art. 121 CE, emanan del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) y han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por diferir a la ley su configuración (STC 8/2017, de 19 de enero).

El supuesto recogido en el art. 294 LOPJ contempla una previsión distinta de las anteriormente citadas. El presupuesto que puede dar derecho a la compensación es la prisión acordada legalmente, en que ningún reproche puede realizarse desde el punto de vista de la valoración del supuesto de hecho que la motiva ni de la corrección de los razonamientos jurídicos que llevan a adoptar dicha decisión. Por lo tanto, la prisión provisional así acordada resulta jurídicamente irreprochable. Constituye, en consecuencia, un supuesto diferente; no se trata de un error judicial ni de funcionamiento anormal de la administración.



En tal sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional: «A esa caracterización no obsta el dato de que posteriormente el imputado en prisión provisional resulte absuelto o ni siquiera sea finalmente acusado y enjuiciado (STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4). La corrección de la medida debe evaluarse sobre la base de lo conocido por el juez en el momento de su adopción, del mismo modo que en la obligada revisión sucesiva sobre el mantenimiento de la prisión deben integrarse los datos nuevos que se vayan conociendo, actualizándose las bases del juicio y los criterios para decidir sobre su pertinencia (en tal sentido, por ejemplo, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 10; 79/2007, de 16 de abril, FJ 3, y 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; y SSTEDH de 22 de mayo de 2014, asunto *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, § 90; de 28 de octubre de 2014, asunto *Urtäns c. Letonia*, § 29-30, 32). No puede enjuiciarse *ex post* la corrección de la decisión judicial de acordar la prisión, introduciendo circunstancias que no existían en el momento de su adopción, como el sobreseimiento o la absolución; pero tampoco elementos que, aunque existentes, fueran de imposible conocimiento entonces por el juez, como, por ejemplo, circunstancias fácticas averiguadas después y que conducen a la falta de condena» (STC 85/2019).

Por consiguiente, el dictado en el procedimiento de un auto de sobreseimiento libre o de una sentencia absolutoria respecto de quien se ha visto sometido a una medida cautelar de prisión provisional no transforma por sí mismo en ilegítima la medida cautelar y, por tanto, en un supuesto de error judicial del art. 293 LOPJ, sino que simplemente supone el presupuesto de aplicabilidad del art. 294 LOPJ en los supuestos de prisión provisional legítimamente acordada.

La STC 85/2019 ha argumentado que «en este contexto de justificación por el interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme a lo dispuesto en el art. 294.1



LOPJ, va unido a un derecho a ser indemnizado. (...) Es en conexión con la justificación de la prisión provisional por el interés general en detrimento del derecho individual donde se impone una compensación del sacrificio soportado por el ciudadano finalmente absuelto o cuya causa se sobreseyó. (...) La persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone».

Es legítimo que el Estado, en ejercicio de las facultades que le son propias y en aras del interés general, prive cautelarmente de libertad a algunas personas pese a que todavía no han sido condenadas en un procedimiento penal por determinados motivos. De ello se beneficia toda la sociedad, ya que permite mantener cautelarmente en prisión a personas respecto de las que, existiendo indicios de que han cometido un delito, además existe un pronóstico de que puedan cometer ilícitos futuros, o bien para proteger a las víctimas para las que esa persona pueda suponer un peligro, o para asegurar las finalidades de propio procedimiento penal (evitar el riesgo de fuga o la destrucción de pruebas). Ahora bien, en algunos casos tales situaciones no finalizan con la condena del preso preventivo. La entidad del sacrificio exigido por la sociedad a quien ha sufrido prisión provisional en un procedimiento penal, aun siendo esta legítima, impone la necesidad de una compensación.

En aquellos casos en que el procedimiento penal culmina con una sentencia condenatoria, el mecanismo de compensación opera por vía de lo establecido en los arts. 58 y 59 CP, a través del abono a la condena impuesta.

Pero en aquellos supuestos en que no se produce finalmente tal condena, el art. 294 LOPJ prevé un mecanismo de compensación del daño «a través de una indemnización, resarcimiento que este Tribunal ha considerado, además, vía adecuada de protección de los derechos fundamentales (SSTC 181/2000,



de 29 de junio, FJ 8; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 105/2004, de 8 de junio, FJ 3; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4)» (STC 85/2019); sin que tuviera justificación que el mecanismo de compensación mencionado únicamente resultara activado en aquellos supuestos de condena del sujeto, excluyéndose en los casos en los que el procedimiento hubiera finalizado sin condena. Por ello, la previsión del art. 294.1 LOPJ.

Atendiendo al derecho comparado, en la mayoría de los países europeos no se prevé una cuantía diaria por estancia en prisión, sino que se establece que dicha cuantía será fijada por el órgano competente, en ocasiones de carácter judicial y en otras administrativo. En Italia se hace referencia a una reparación justa y establece una cantidad máxima total, y en Francia a la reparación integral del perjuicio material y moral. Tampoco se establecen cuantías concretas en Países Bajos, Bélgica o Reino Unido, aunque en este último también se fija una cantidad máxima indemnizable.

Requieren especial atención los supuestos de Austria y Alemania; comenzando por esta última, la Ley de indemnizaciones de medidas cautelares de 8 de marzo de 1971 prevé una indemnización por daños no pecuniarios de 25 euros por cada día de privación para quien hubiera sufrido alguna medida de naturaleza penal que afecte a derechos básicos (dentro de las que se incluye la prisión provisional, pero no de manera exclusiva). En el caso de Austria, la Ley Federal de compensación por daños después de un castigo penal de 2005 fija una cuantía concreta, determinable entre un mínimo de 20 euros y un máximo de 50 euros por día de prisión, teniendo en cuenta la duración de la prisión y las circunstancias personales de la persona lesionada y aplicable tanto a supuestos de prisión provisional injustificada, ilegal o no seguida de condena.

La vinculación de la cuantía de la compensación por la estancia en prisión preventiva a su duración resulta un criterio de todo punto lógico, además de exigido por el propio art. 294.2 LOPJ y acorde con el derecho comparado



examinado. Es el criterio seguido hasta la fecha, además, por los tribunales españoles, tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, ya sea mediante el señalamiento de una cantidad alzada que tenga en cuenta dicha duración, como estableciendo una cantidad vinculada directamente a los días o meses de duración de la prisión (STS de 17/05/2016; SSAN, Sección 3ª, de 28/01/2016, 14/03/2017, 31/05/2017, 29/06/2017, 24/04/2019).

La determinación de una cuantía fija por cada día de estancia en prisión provisional se presenta como el sistema más adecuado para realizar la compensación que exige la STC 85/2019. Es el sistema que mejor se ajusta al propio concepto de compensación, y sirve al mismo tiempo para reconocer el daño moral inherente a la mera estancia en prisión. Al establecer una cuantía de partida igual para todos los casos y que, una vez reconocido el derecho, se concederá siempre, dicho sistema otorga una gran seguridad jurídica, es sencillo de cuantificar, evita litigiosidad y permite desviar otros aspectos puramente económicos a conceptos indemnizatorios distintos y adicionales, que requerirán de la oportuna prueba.

Fijado, por tanto, el concepto y el fundamento del daño sacrificial y de la necesaria compensación del mismo, se procede al estudio del procedimiento regulado en los arts. 868 a 872 ALECrim, procedimiento que parte de los términos generales de los arts. 9 y 10 ALECrim.

Lo primero que sorprende es la denominación ofrecida al Título VII, «procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución», puesto que la misma no es correcta y resulta contradictoria con lo establecido en el art. 868 al referirse a sentencias absolutorias, autos de sobreseimiento o decretos de archivo. Por lo que se considera más correcta la denominación «procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional no seguida de condena».



Por otra parte, tampoco toda absolución conllevará el derecho a la indemnización, pues una absolución basada en la apreciación de una circunstancia eximente de responsabilidad penal de los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 CP, aun siendo absolutoria por falta de culpabilidad, conlleva la correcta imposición de alguna medida de seguridad, incluso privativa de libertad. Esto afecta no solo a la nomenclatura del título, sino al art. 868 y al art. 10, en que se establece como título generador del derecho a la indemnización la sentencia absolutoria.

El art. 868 ALECrím legitima para reclamar por los daños derivados de la prisión provisional, únicamente a la persona encausada una vez firme la sentencia absolutoria, el auto de sobreseimiento o el decreto de archivo dictados en los supuestos del art. 586.2.a), b) y c), es decir, continúan excluidos los autos de sobreseimiento susceptibles de reapertura en los términos del art. 590 ALECrím.

Cabe señalar que la terminología utilizada en el precepto no se corresponde ni con lo establecido en el art. 294.1 LOPJ ni con el fundamento del propio concepto de daño sacrificial como se ha expuesto anteriormente.

Siguiendo el modelo francés y considerándose, como se indica en la exposición de motivos, que la jurisdicción penal se encuentra en mejor disposición para conocer de este procedimiento, el art. 869 ALECrím atribuye su competencia, concretamente, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en función de sus respectivas competencias.

El procedimiento en sí se encuentra regulado en el art. 870 ALECrím. En su primer apartado se indica que la reclamación precisará firma de abogado y procurador y deberá presentarse «dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la resolución que haya puesto fin al proceso».



Al respecto, cabe señalar que deberá aclararse la referencia a la «resolución que ponga fin al proceso» en el sentido de indicar que, si debe atender a la fecha de la resolución o de su firmeza, cuestiones que tienen una innegable consecuencia práctica.

La demanda deberá contener una justificación del tiempo de prisión provisional, la efectividad de los daños y el importe que se solicita, pudiendo interesarse la práctica de prueba. En este sentido, los conceptos empleados no resultan coherentes con el propio fundamento de esta reclamación. Al mismo tiempo, se observa una ausencia clara de delimitación entre este supuesto y los de error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia, que en la práctica puede implicar graves problemas al tratarse de unos mismos hechos con causas de pedir distintas, procedimientos distintos, plazos distintos y jurisdicciones distintas.

Presentada la demanda, el tribunal reclamará el procedimiento penal íntegro y lo unirá al expediente. La cuestión que deberá aclararse es si en ese concepto de procedimiento penal íntegro se incluye o no el procedimiento de investigación en su totalidad.

Asimismo, el tribunal reclamará las certificaciones necesarias para determinar si la prisión provisional ha sido o puede ser abonada en otra causa penal distinta. Si bien esta previsión resulta correcta para poder decidir sobre la reclamación, lo cierto es que atendiendo al tiempo de presentación de la demanda (treinta días), así como a la admisibilidad del hipotético abono a otra causa, puede suponer que no se disponga de esa información.

El tenor literal lleva a entender que el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, formulará alegaciones en relación a la pretensión indemnizatoria.



El contenido de esta oposición se establece en el apartado 3 del precepto y podrá versar sobre la inexistencia o ineffectividad del daño, sobre la contribución causal del propio demandante en su prisión provisional o sobre el importe de la indemnización, pudiendo proponerse prueba.

Se prevé la celebración de una vista para la práctica de la prueba o en aquellos casos en los que el tribunal así lo considere.

A los diez días de la vista o de la presentación de la demanda, el tribunal dictará sentencia, susceptible de recurso de casación, salvo que hubiera sido dictada por el Tribunal Supremo.

Las reglas a las que deberá sujetarse la sentencia se especifican en el art. 871 ALECrim. En este punto, es de resaltar que las opciones que se exponen en el artículo sean conceder la indemnización, denegarla o moderarla, en este último supuesto, «cuando la compensación en especie no haya reparado íntegramente los daños sufridos o cuando la contribución causal del demandante, siendo relevante, no haya sido la causa principal de la prisión provisional». Debe indicarse que la facultad de moderación del importe de la reclamación será una posibilidad que el tribunal siempre tenga y no debería limitarse a los supuestos indicados, al margen de considerar necesaria una nueva redacción del precepto para acomodarlo al propio concepto ofrecido por la STC 85/2019.

Como también consta en el modelo francés, el art. 872 ALECrim crea la Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional, con la diferencia sustancial de que mientras en el modelo francés dicha comisión conoce de los recursos frente a las resoluciones estimando o denegando las reclamaciones planteadas, en el modelo proyectado se le atribuyen funciones de evaluación anual de la aplicación en España de la prisión provisional, examinando si los órganos judiciales y las fiscalías cuentan con medios



humanos y materiales suficientes para ejecutarlas medidas cautelares alternativas a la prisión provisional. Al respecto, indicarse que lo dispuesto en el apartado 3 del artículo resulta confuso con lo ya mencionado en el apartado 1, relativo a las funciones de la comisión, puesto que debería aclararse si se trata de dos informes distintos o no.

Se establece la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de colaborar con la Comisión Nacional para facilitarle información necesaria para la elaboración del informe.

El informe anual deberá ser remitido al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, al Defensor del Pueblo, al Consejo General de la Abogacía, a la Fiscalía general del Estado y al Consejo general del Poder Judicial.

La Comisión Nacional estará integrada por el Presidente del CGPJ (que la preside), Fiscal General del Estado, Presidente Sala Segunda TS, Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Presidente Consejo General de la Abogacía. Parece mucho más adecuado que la presidencia sea alternativa entre el Presidente del CGPJ y el/la Fiscal General del Estado, teniendo en cuenta la intervención de ambas instituciones en la adopción de la medida cautelar y que entre las funciones del Ministerio Fiscal se encuentran la de velar porque la función jurisdiccional se ejerza eficazmente, solicitar la adopción de la medida cautelar y, conforme al Anteproyecto, la dirección de la fase de investigación. Igual paridad se encuentra, por ejemplo, en la comisión de selección para el acceso a las carreras judicial y fiscal.

Siguiendo el modelo francés, se desconocen los motivos por los que no se ha hecho referencia en la regulación proyectada a la previsión contenida en el art. 150 Código Procesal Penal francés que permite la repetición del Estado contra la persona que, de mala fe, con falso testimonio haya provocado el ingreso en prisión provisional del reclamante.



Atendiendo al tiempo de *vacatio legis* establecido y la necesidad de establecer una regulación sobre el tema tras la STC 85/2019, resultaría deseable una norma específica que, si bien, siguiera inspirándose en el modelo francés, estableciera, para evitar la inseguridad jurídica, una cuantía fija por día de prisión provisional y una delimitación clara del concepto respecto de los de error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia.

En la propuesta normativa no quedan resueltas cuestiones que no es posible diferir a una posterior interpretación jurisprudencial, debiendo ser incluidas en el articulado:

1.ª) No se establece ningún criterio para la fijación de la cuantía indemnizatoria. Dicha falta bien puede ser corregida en atención a la aplicación de las cuantías que hasta la fecha vienen estableciendo los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, donde hasta ahora se reside la competencia para la resolución de estas cuestiones. Ahora bien, avoca a un periodo de inseguridad jurídica y de indeterminación (que ya se viene viviendo desde la publicación de la STC 85/2019) hasta que se consolide un criterio jurisprudencial que fácilmente se puede evitar estableciendo legalmente dicho criterio.

Si bien el análisis de los daños que pueden haber sido irrogados como consecuencia de la prisión provisional han de ser, sin duda, analizados en el caso concreto para determinar el daño emergente y el lucro cesante ocasionado, siempre concurrirá uno que será común en todos los casos: la propia privación de libertad. Respecto de dicho elemento común se corre otro peligro cierto derivado de la indeterminación normativa: dejar a la discrecionalidad de los tribunales la concreción de la indemnización derivada del perjuicio irrogado solo por la privación de libertad en sí misma, lo cual puede dar lugar a resultados difícilmente asumibles, en que la libertad de una persona pueda dar lugar a una indemnización superior a la de otra.



El citado peligro puede conjurarse fácilmente estableciendo un criterio normativo indemnizatorio fijo, derivado del solo hecho de la privación de libertad, que se dará en cualquier persona y, por tanto, común a todas, el cual habrá de complementarse con los concretos daños y perjuicios que, para el caso de haberlos, y en cada caso concreto se hubieran derivado adicionalmente como consecuencia de la medida cautelar. La fijación de dicha cuantía fija o de una horquilla concreta, además de la seguridad jurídica que comporta en aras del principio de igualdad, cumple de forma más satisfactoria con el concepto de compensación (y no indemnización) que el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 85/2019 emplea al derivar la misma directamente del derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) sacrificado en aras al interés general.

En tales términos se recoge en la Ley de indemnizaciones por medidas cautelares alemana, que establece una cuantía fija de 25 euros/día y en la Ley Federal de compensación por daños después de un castigo penal de Austria, que recoge una horquilla de 20 a 50 euros/día.

La solución más sencilla y más correcta y que acerca la legislación española a la de los países europeos, podría pasar por la remisión a las cuantías indemnizatorias establecidas en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, *de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, que modifica 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, es decir, al baremo de accidentes de tráfico. Dentro de los conceptos indemnizatorios empleados por dicha ley el más ajustado al supuesto ahora analizado sería el de la pérdida temporal de la posibilidad de desarrollar las actividades específicas de desarrollo personal, al que se señala un margen indemnizatorio entre los 52 y 73 euros. Además, tal remisión tiene como ventaja una mayor facilidad de modificación, ya que no exigiría la reforma de especial dificultad



que supondría introducir la cuantía indemnizatoria concreta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (con rango de ley orgánica).

2.<sup>a</sup>) La extensa regulación de algunas materias en el Anteproyecto, recogiendo jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se reproduce en este concreto apartado. La somera referencia a la aplicación del derecho de daños que realiza el art. 10 no parece suficiente para una adecuada regulación de determinados supuestos que pueden plantear dudas interpretativas en relación con los criterios elementos probatorios que pueden utilizarse y cuáles han de quedar excluidos en todo caso. La cuestión resulta relevante pues ha dado lugar a diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en contra de España (*asunto Puig Panella c. España*; de 13 de julio de 2010, *asunto Tendam c. España*; de 16 de febrero de 2016, *asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*). La cuestión fundamental ha de ser el respecto de la valoración probatoria efectuada por el tribunal penal si éste hubiera resuelto sobre el fondo del asunto (pues ningún tribunal puede establecer dudas sobre una absolución ya declarada por la jurisdicción penal), pero ha de posibilitarse la valoración probatoria incluso de los hechos penalmente relevantes si no ha existido resolución judicial penal sobre el fondo del asunto. Dicho planteamiento no solo respeta sino que supone la concreción de la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto (*caso Sekanina c. Austria*, párrafo 30) y en el mismo sentido las sentencias *Engler y Nokkenbockhoff c. Alemania* y otras tales como *Rushiti*, citada anteriormente, § 31; *Lamanna c. Austria*, nº 28923/95, § 38, de 10 de julio de 2001; *Weixelbraun*, § 39; *Hammern*, § 47; *Yassar Hussain*, §§ 19 y 23; *Tendam*, citada anteriormente, §§ 36-41; *Ashendon y Jones*, §§ 42 y 49; y *Lorenzetti*, § 44-47, Caso Allen c. Reino Unido, § 122, de 12 de julio de 2013.

3.<sup>a</sup>) Resultaría sencillo y adecuado, al igual que se realiza en la citada ley austríaca, excluir del derecho a indemnización aquellos supuestos en que la falta de condena se produce por circunstancias posteriores a la comisión del



hecho delictivo tales como prescripción, derogación de la norma penal que establecía el delito, sobreseimiento con base en el art. 624.1 ALECrím.

4.<sup>a</sup>) Debería preverse la posibilidad de que la Administración, en el caso de haber sido condenada al pago de una indemnización por prisión provisional, pueda repetir contra el testigo que ha declarado falsamente o el denunciante que consciente y voluntariamente han sido determinantes para la adopción de la medida cautelar, al igual que se prevé en el *Code de procédure pénale* francés.

5.<sup>a</sup>) Queda, además, otra cuestión sin resolución: el cumplimiento de una pena de prisión posteriormente revisada y anulada la sentencia conforme al art. 767, cuando la pena de prisión cumplida no pueda ser abonada en otra causa.

Este supuesto no cumpliría ninguno de los presupuestos para dar derecho al condenado a ser indemnizado. Ni se trata de un error judicial (puesto que la condena que se le impuso, conforme a los elementos probatorios de que disponía el tribunal, era correcta), ni un supuesto de funcionamiento anormal de la administración de justicia [salvo en el caso del art. 760.1. apartado b) o en algún caso posiblemente en el apartado d)], ni se trata de un supuesto de prisión provisional no seguida de condena, puesto que hablamos de cumplimiento de una pena y no de una medida cautelar de tal naturaleza.

Debiera, por tanto, preverse la posibilidad de acudir al mismo procedimiento establecido en este capítulo para aquellos supuestos en que el condenado sea posteriormente absuelto por revisión de su sentencia, puesto que, si bien el supuesto de hecho que fundamenta ambos supuestos no es el mismo, es asimilable.



Finalmente, resultaría asimismo necesario abordar si es indemnizable el exceso de prisión provisional respecto de la condena efectivamente impuesta en sentencia.



**ADENDA NOVENA AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL  
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Libro IX. *De la ejecución penal***

**Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales**



## 1. Libro IX. *De la ejecución penal*

§ 152. El **Libro IX** del Anteproyecto (arts. 873 a 982) contiene a lo largo de ocho títulos la regulación de la ejecución penal: Título I (arts. 873 a 900) relativo a las disposiciones generales; Título II (arts. 901 a 931) sobre reglas especiales para la ejecución de penas privativas de libertad; Título III (arts. 932 a 941) sobre reglas especiales de la ejecución de penas privativas de derechos; Título IV (arts. 942 a 950) sobre el régimen especial de la ejecución de las medidas de seguridad; Título V (arts. 951 a 960) en relación a la ejecución de penas o medidas de contenido patrimonial; Título VI (arts. 961 a 969) sobre especialidades para la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas; Título VII (arts. 970 a 978) relativo a la ejecución de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil y el pago de las costas; y Título VIII (arts. 979 a 982) que versa sobre la destrucción de efectos y muestras y el borrado de datos.

La regulación de la ejecución penal parte del bienintencionado intento de establecer un procedimiento eminentemente oral mediante la previsión de la celebración de comparecencia con carácter previo a resolver sobre cualquier cuestión que se plantee durante el cumplimiento.

En el afán de dotar de autonomía y sustantividad propia a la ejecución como un auténtico procedimiento se incide en su carácter participativo y contradictorio con constantes requerimientos a las partes cuando en esta última fase del proceso se trata, en realidad, de dar cumplimiento a lo ya decidido. Parece conveniente apuntar la necesidad de regular que las audiencias y traslados a las partes tendrán lugar exclusivamente en aquellos casos expresamente previstos en la ley.

El art. 877 ALECrim, al proclamar el principio de adecuación, establece la necesidad de oír a las partes en todos los supuestos de variación sustancial de



las circunstancias que puedan justificar una modificación de las resoluciones adoptadas.

Esta audiencia, como decimos, se concreta en la práctica totalidad de las ocasiones en la imperativa celebración de una vista o comparecencia con las partes, a fin de resolver sobre cada una de las incidencias que se puedan ir produciendo a lo largo de la ejecución: establecimiento de la forma de cumplimiento, control de la ejecución, variación de las circunstancias, supuestos de quebrantamiento, remisión definitiva y otras.

Contrariamente a lo que debe ser uno de los fines esenciales de cualquier ley procesal —la búsqueda de la agilidad y la eficiencia procedimental—, las consideraciones anteriores implican un riesgo cierto de ralentización en la tramitación y de dilaciones en los señalamientos, así como una sobrecarga y colapso de los tribunales y secciones de ejecución, además de que generará sin duda disfunciones en la planificación de servicios del Ministerio Fiscal, encargado —recordemos— de la dirección de la investigación, que habrá de comparecer asimismo a las audiencias preliminares, juicios orales y demás vistas y comparecencias previstas en la ley.

Si toda dilación resulta indeseable sea cual fuere la fase procesal, en el procedimiento de ejecución constituye un especial peligro por cuanto se encuentran comprometidos derechos fundamentales básicos de la persona penada, además de la garantía de la eficaz protección de la víctima.

El art. 895 ALECrím regula la comparecencia inicial que de manera facultativa puede convocar el tribunal a fin de resolver sobre la forma de ejecución. Se trata de un precepto que viene concebido como disposición general, puesto que las sucesivas comparecencias que se celebran para la resolución de las incidencias que se susciten durante la ejecución se remiten a aquel.



Por ello, no resulta atendible que esta primera comparecencia, en la que se resuelven las principales cuestiones relativas a la forma de ejecución, tenga carácter facultativo mientras que el resto que se practican sobre el control de cumplimiento se deban celebrar de manera imperativa.

En la gran mayoría de las ocasiones estas cuestiones bien podrían sustanciarse por escrito, reservando la vista únicamente para aquellos supuestos en que resulte imprescindible. Tengamos en cuenta que el grueso de la prueba que allí se practicará será de naturaleza documental, por lo que el/la fiscal o las demás partes difícilmente podrán pronunciarse sin un previo y sosegado examen de aquella a fin de informar sobre la cuestión en el plazo que se otorgue.

Además de la comparecencia inicial que de manera facultativa puede convocar el tribunal de enjuiciamiento (art. 895 ALECrím), a lo largo del articulado del Libro IX se impone de manera preceptiva la celebración de vista, comparecencia o audiencia en los siguientes supuestos:

- i) Tras el sometimiento de la ejecución a un procedimiento de justicia restaurativa (art. 896.2)
- ii) Para resolver anualmente sobre la concesión de la libertad condicional (arts. 908 y 909), así como para modificarla, prorrogarla y revocarla (art. 910) y para proceder a la remisión definitiva de la parte de la pena suspendida (art. 911).
- iii) Revisión de la prisión permanente revisable (art. 915), modificación, prórroga y revocación de la suspensión (art. 916) y remisión definitiva (art. 917).
- iv) Determinación del lugar y las condiciones de cumplimiento de la pena de localización permanente (art. 920).
- v) Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 923).
- vi) Supuestos de recaída tras la concesión de la suspensión por toxicomanía (art. 925).



- vii) Suspensión en caso de enfermedad muy grave (art. 926).
- viii) Revocación de la suspensión (art. 927.2)
- ix) Remisión definitiva de la pena suspendida (art. 928).
- x) Sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión (art. 930).
- xi) Ejecución de la sustitución de la pena privativa de libertad (art. 931).
- xii) Control del cumplimiento de la pena de privación del derecho a la libre deambulación y comunicación (art. 934).
- xiii) Determinación de las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 940).
- xiv) Resolución de incidentes relativos a la ejecución de medidas de seguridad (art. 942.1).
- xv) Quebrantamiento de medida de seguridad (art. 942.2).
- xvi) Cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad (art. 943)
- xvii) Concurrencia de medidas de seguridad con penas privativas de libertad (art. 944)
- xviii) Condiciones de cumplimiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 945.1).
- xix) Control anual de cumplimiento de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 945.2).
- xx) Quebrantamiento de medida de seguridad no privativa de libertad (art. 945.3).
- xxi) Expulsión sustitutiva de medidas de seguridad (art. 948).
- xxii) Determinación del contenido de la medida de libertad vigilada (art. 949.2).
- xxiii) Control anual de la evolución de la medida de libertad vigilada (art. 949.3).
- xxiv) Reducción y aplazamiento de la pena de multa (art. 953).
- xxv) Transformación, fusión, absorción o escisión de personas jurídicas tras la sentencia firme (art. 963).
- xxvi) Plan de pagos de responsabilidades pecuniarias (art. 975). En este caso la audiencia es facultativa.



§ 153. El **Título I** («disposiciones generales») se divide en cuatro capítulos e incluye los arts. 873 a 900.

El **Capítulo I** lleva por rúbrica «principios del proceso de ejecución» (arts. 873 a 877). Nos encontramos aquí ante una reformulación, adaptación y, en ocasiones, reiteración de algunos principios generales ya expuestos a lo largo del articulado:

- i) El art. 874 ALECrím contiene el principio de trato digno (tratamiento), que resulta más propio de la normativa penitenciaria que de una ley procesal.
- ii) El art. 875 ALECrím regula el principio de individualización, que debería tener en cuenta también otros parámetros como la gravedad del hecho y sus circunstancias, el esfuerzo reparador o la culpabilidad, por tratarse de cuestiones que inciden directamente en el régimen de cumplimiento.

Novedoso y singular es, en cambio, el último de los principios definido en el art. 877 ALECrím que denomina «principio de flexibilidad» (renombrado en la última versión del texto propuesto como «principio de adecuación»), no contemplado en el anteproyecto de 2011 y conforme al cual se autoriza la modificación de las resoluciones ya firmes adoptadas en el proceso de ejecución cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que determinaron su adopción.

Al erigir esa posibilidad como principio general de ejecución el Anteproyecto le otorga un alcance demasiado amplio para lo que supone de quiebra del dogma de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, con basamento en la seguridad jurídica, al referirlo, en una formulación excesiva, a cualquier cuestión referida a la ejecución.

Para poder llevar a cabo la modificación de la resolución prevé su párrafo 2 una audiencia imperativa (se oirá «siempre») al Ministerio Fiscal y a todas las



partes o víctimas afectadas por la decisión, en un traslado esta ocasión a todas luces necesario por la extraordinaria relevancia de la decisión.

iii) El art. 877 ALECrím establece el principio de adecuación que implica la modificabilidad de las resoluciones firmes de ejecución cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias. No debería asimilarse la flexibilidad propia de la fase de ejecución con la variabilidad de resoluciones firmes —contraria al principio de seguridad jurídica—, sino con la revisión de lo ya resuelto en función de nuevas circunstancias, por lo que la nueva decisión no varía la anterior sino que da una respuesta nueva a una nueva situación. Sin embargo, en algunos casos sí se abre la puerta a variar los pronunciamientos de una sentencia condenatoria firme y no solo a decisiones tomadas previamente en el seno de la ejecución. Cuando las audiencias se sustancien con personas con discapacidad, es preciso que se incluya expresamente la necesidad de que estas cuenten con la institución de apoyo que precisen, así como con las adaptaciones procesales oportunas que garanticen su activa participación.

**§ 154.** El **Capítulo II** del Título I regula «el tribunal de ejecución» (arts. 878 y 879).

El art. 878 ALECrím prevé con carácter general la actuación del tribunal de instancia como órgano unipersonal salvo para resolver sobre unas concretas y limitadas materias, que se han considerado especialmente relevantes pero que bien podría abarcar algunas más como, por ejemplo, por su indudable trascendencia, decidir sobre la suspensión de la ejecución o sobre su revocación, o bien referir la necesidad de actuación de la sección colegiada a todas las incidencias que puedan plantearse en la ejecución en el caso de las condenas por delitos graves y no limitarla a solo tres supuestos al margen de la gravedad del delito objeto de la condena (libertad condicional, revisión de la prisión permanente y determinación del máximo del cumplimiento) en las que,



además, debería preverse expresamente la intervención del juez de vigilancia penitenciaria, como contempla el Código Penal.

El art. 878.1, primer párrafo, no hace sino reiterar la redacción del art. 34.1 ALECrím. En lo referente a las competencias del juez de vigilancia penitenciaria, que ya adelantaba también el art. 34.2 ALECrím, el apartado 3 del art. 878 no remite al Código Penal pues, como veremos, se le sustraen la práctica totalidad de las competencias que en ejecución de penas y medidas de seguridad le vienen actualmente atribuidas.

Esta previsión se valora negativamente pues supone una ingente sobrecarga de trabajo para el tribunal de ejecución, que es quien asume ahora estas funciones, con las consiguientes dilaciones en una fase tan delicada y que requiere de tanta agilidad y efectividad.

Por otra parte, el juez de vigilancia penitenciaria está mucho mejor posicionado para conocer de determinadas cuestiones de la ejecución por su cercanía con la trayectoria penitenciaria y la evolución de la persona penada, como ocurre con la libertad condicional.

La configuración, salvo excepciones concretas, del tribunal de ejecución como órgano unipersonal y como órgano de ejecución a los juzgados de vigilancia penitenciaria plantea algunas cuestiones sobre a quién atribuir competencias en caso de la libertad condicional y prisión permanente revisable.

El art. 879 ALECrím atribuye al tribunal de ejecución amplias facultades, pudiendo recabar toda la información que resulte necesaria para dictar resolución. A efectos sistemáticos, esta previsión, si bien resulta positiva, se reitera posteriormente a lo largo del articulado, especialmente al momento de regular cada una de las distintas comparecencias, lo que resulta innecesario.



**§ 155.** El **Capítulo III** del Título I («sujetos de la ejecución») se divide en dos secciones diferenciadas: Sección 1ª (la persona condenada) y Sección 2ª (el Ministerio Fiscal, las víctimas y las acusaciones).

La terminología de la rúbrica de este Capítulo II (*sujetos de la ejecución*) no se considera la más adecuada, estimándose más acertada la de «partes» por su carácter contradictorio.

En el apartado segundo del art. 880 ALECrím se produce una contradicción con la previsión contenida en el art. 881.2.a), que *a contrario sensu* declara renunciable el derecho a la asistencia letrada cuando se trate de la ejecución de penas que no sean de prisión.

El art. 881 ALECrím vuelve a recoger expresamente todo un catálogo de derechos, muchos de ellos reiterativos o que constituyen una mera adaptación de los previstos en el proceso penal o en las normas penitenciarias.

En cuanto a la renunciabilidad del derecho a la asistencia letrada declarada *a contrario sensu* en último párrafo de la letra a) del apartado segundo, nos remitimos a lo ya indicado en el art. 880 ALECrím sobre su contradicción con este precepto.

Respecto al derecho a la interpretación de personas con limitaciones auditivas o de expresión oral recogido en la letra h) del art. 881.2 ALECrím, no se tiene en cuenta el carácter heterogéneo de la discapacidad que exige que las situaciones particulares deban ser atendidas de manera conveniente.

La interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente, la mediación comunicativa, los medios de apoyo a la comunicación oral y los/as guías intérpretes en el caso de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, los medios aumentativos o alternativos de la comunicación y la



asistencia de un/a facilitador/a en el caso de personas con discapacidad intelectual, psicosocial o con otras discapacidades cognitivas que lo precisen, abren un escenario de interpretación mucho más amplio que debe ser contemplado expresamente si el objetivo es la facilitación real y efectiva de la accesibilidad.

La inclusión expresa como disposición general de la importancia, suficiencia y precisión de una regulación general del derecho a la información y las adaptaciones del procedimiento o las instituciones de apoyo que precisen las personas condenadas durante el procedimiento de ejecución, permitirá no tener que reiterar esas adaptaciones en todas las comparecencias personales de la persona condenada que se encuentran previstas en los capítulos siguientes y que son previas a muchas de esas resoluciones.

El art. 883 ALECrím regula de manera claramente insuficiente la discapacidad sobrevenida de la persona condenada durante la ejecución. Prevé el lógico efecto suspensivo del procedimiento en los mismos términos en que se contempla en caso de sobrevenir la discapacidad durante el procedimiento de investigación (art. 79 ALECrím), pero sin regular específicamente para este supuesto las medidas que serían aplicables ni el procedimiento y órgano competente para adoptarlas, echándose en falta una regulación detallada de estos extremos, tal y como sí se hacía en los arts. 749 y ss. del anteproyecto de 2011. Asimismo, lamentamos que no se haya previsto expresamente que en estos supuestos el Ministerio Fiscal ejercite las acciones legales que fueran procedentes en materia de protección de personas con discapacidad.

A fin de ofrecer una garantía más efectiva para la persona penada con discapacidad habría de incluirse expresamente en el apartado primero del art. 883 ALECrím la necesidad de revisión por el órgano de ejecución de las instituciones de apoyo y de las adaptaciones de procedimiento realizadas en la fase de investigación y enjuiciamiento.



La facultad que el apartado 4 de este art. 883 ALECrím otorga al tribunal una vez restablecida la capacidad de la persona condenada resulta problemática, pues supone una suerte de *indulto judicial* que permite, por razones de equidad, la extinción de una pena que no ha sido cumplida ni remitida ni está prescrita, o la reducción de su duración con alteración del pronunciamiento de la condena, como si se tratara de una condena indeterminada. Se podrían explorar otras opciones como la de la suspensión de la ejecución, con las obligaciones que fueran necesarias, en la línea del art. 99 CP.

En cuanto al art. 885 ALECrím (*ausencia de la persona condenada*), resultaría oportuno que la declaración de rebeldía conllevara no solo la suspensión de la ejecución respecto de las penas y medidas de seguridad, sino también la posibilidad de revocación de los beneficios que pudieran haberse concedido, en especial la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

El art. 886 ALECrím establece que el Ministerio Fiscal será siempre parte, incluso en la ejecución de las penas por delitos privados, lo que se considera innecesario al tratarse de procedimientos en los que no ha intervenido por no estar comprometido el interés público.

El art. 887 ALECrím debería regular la situación de las víctimas con discapacidad con la previsión de las adaptaciones procedimentales oportunas, siquiera por remisión general a las disposiciones del apartado 1 del art. 883 ALECrím en los términos antes propuestos.

Resulta una carga excesiva para las víctimas que ya fueran parte la exigencia de nueva personación en la ejecución penal.

**§ 156.** El **Capítulo IV** regula el «procedimiento general de ejecución» en dos secciones: Sección 1ª (art. 889) sobre la sentencia absolutoria y Sección 2ª (arts. 890 a 900) relativo a la sentencia condenatoria.



El art. 889 ALECrím otorga de nuevo la competencia al tribunal sentenciador en primera instancia, lo que resulta reiterativo pues ya se establece así en los arts. 34.1 y 878.1 ALECrím.

No se prevé la incoación de la correspondiente ejecutoria en caso de sentencias, lo que resulta imprescindible a fin de practicar actuaciones que precisan de un marco jurídico procesal. Es preciso también que se prevea expresamente la comunicación o notificación al Ministerio Fiscal.

Se valora negativamente la imperatividad de dejar sin efecto las medidas cautelares antes de la firmeza (art. 889.2 ALECrím).

El art. 890.2 ALECrím regula cuándo una sentencia es firme, lo que parece innecesario.

En cuanto al art. 891 ALECrím (*incoación de la ejecución*), cabe señalar que las piezas separadas pueden resultar útiles en los casos más complejos, pero tendrá un efecto multiplicador de los registros en los sencillos, por lo que resulta más adecuado su regulación con carácter facultativo.

Esta regulación podrá generar problemáticas en los supuestos de responsabilidades civiles solidarias, en caso de pagos parciales o aplazamientos de pago si no se arbitra un sistema de comunicación entre las piezas.

Se considera una carga excesiva la exigencia de nueva personación (art. 982 ALECrím) a quien ya era parte en el proceso penal del que la ejecutoria trae causa.

En el art. 893 ALECrím (*aplazamiento del cumplimiento de las penas*) se sugiere que se incluyan las razones o los supuestos en que cabe el



aplazamiento extraordinario del inicio del cumplimiento y qué parámetros se han de tener en cuenta para su concesión, así como el plazo máximo que se puede otorgar.

Este aplazamiento solo se contempla para penas privativas de libertad u otros derechos, pero no para medidas de seguridad.

Debería preverse el traslado para informe escrito al Ministerio Fiscal con carácter previo a la concesión.

La posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar el cumplimiento una vez declarada firme la sentencia no resulta acorde con su propia naturaleza. En el caso de que concurra un riesgo de fuga o de lesión de bienes jurídicos de la víctima lo suficientemente intenso para fundamentar la imposición de estas medidas, parece más apropiado denegar el aplazamiento.

En cuanto al art. 894 ALECrím (*suspensión por indulto*), resultaría más adecuado conceder audiencia también a la víctima y a las acusaciones personadas. Asimismo, para mayor seguridad jurídica, podrían recogerse los elementos o circunstancias a tener en cuenta en la decisión, en el sentido de la Consulta 1/1994 de la FGE, de 19 de julio, *sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto*.

El art. 895 ALECrím regula la celebración de la comparecencia inicial como una facultad del tribunal, si bien este principio se contradice posteriormente a lo largo del articulado, imponiendo con carácter preceptivo su celebración para resolver las distintas incidencias, remitiéndonos a lo expuesto como consideraciones generales.

El art. 896 ALECrím recoge la posibilidad de que condenado y víctima manifiesten aquí su voluntad de someter la ejecución a la justicia restaurativa,



que ya venía permitida por el art. 182.5 ALECrím. Tras ello, se establece de manera imperativa la celebración de la audiencia, remitiéndonos a lo ya dicho al respecto.

El art. 899 ALECrím recoge una previsión en relación con la ejecución únicamente de medidas de seguridad y responsabilidad civil que resulta obvia y, por tanto, innecesaria.

El art. 900 ALECrím supone una limitación injustificada del derecho al recurso, pues solo se prevé apelación en los casos de incidentes de fijación del tiempo máximo de cumplimiento (art. 904), revisión de la prisión permanente revisable (art. 919), expulsión del territorio nacional (art. 930) y modificación de la multa o plazos (art. 953), privándose a las partes del derecho a la segunda instancia en cuestiones de tanta relevancia como, por ejemplo, las decisiones sobre suspensión de la ejecución de la pena.

**§ 157.** El **Título II** del Libro IX viene referido a las «reglas especiales para la ejecución de las penas privativas de libertad». Dividido en cinco capítulos, se integra por los arts. 901 a 931.

El **Capítulo I** regula «la ejecución de la pena de prisión» (arts. 901 a 906 ALECrím)

Se considera adecuado que el art. 902 ALECrím recoja el contenido de la liquidación de condena y la forma de cómputo (meses, días y años).

El art. 903 ALECrím (*abono de medidas cautelares*) sustrae al juez de vigilancia penitenciaria la competencia para el abono de la prisión provisional acordada en otra causa. Se otorga la competencia al tribunal —se entiende de enjuiciamiento aunque no se precisa—, previa audiencia de las partes, previsión que entra en contradicción con el art. 58.2 CP.



Nos remitimos a la valoración negativa apuntada en relación con el art. 878.3 ALECrim.

El precepto también prevé el abono de medidas cautelares acordadas en la misma causa, pero de distinta naturaleza a la prisión provisional, extremo que ya está regulado en el art. 59 CP y al que no se añade más que la expresa previsión de la audiencia de las partes.

En el art. 904 ALECrim (*fijación del tiempo máximo de cumplimiento*) se echa en falta una mayor regulación en una materia que ha precisado tradicionalmente de configuración jurisprudencial y de pautas interpretativas a través de Acuerdos no jurisdiccionales.

**§ 158.** El **Capítulo II** («la libertad condicional») se conforma por los arts. 907 a 912.

El art. 907 ALECrim (*iniciación del procedimiento*) atribuye la competencia para resolver sobre las propuestas de libertad condicional al tribunal de ejecución, en contradicción con los vigentes arts. 90 CP y 17 y 76.2.b) LOGP, que la otorgan al juez de vigilancia penitenciaria. Nos remitimos aquí a lo señalado en relación con la limitación de las competencias de este último para hacerlas recaer sobre el órgano de ejecución y las disfunciones que ello puede acarrear.

Particularmente, la libertad condicional es una materia muy específica del ámbito penitenciario que requiere un conocimiento de las vicisitudes de la persona penada y de su evolución para cuya decisión se encuentra mucho mejor posicionado el/la juez de vigilancia penitenciaria.

El apartado 2 del precepto (art. 907 ALECrim) permite al interno elevar queja en los términos de la LOGP ante el tribunal de ejecución por la falta de remisión del expediente de libertad condicional por el centro penitenciario, que resolverá



con audiencia del Ministerio Fiscal previas las comprobaciones oportunas. En la actualidad no se encuentra regulada esta queja en la normativa penitenciaria, que se prevé con carácter genérico solo en relación con el régimen y el tratamiento en los arts. 49 y 50 LOGP.

El art. 908 ALECrim prevé la convocatoria preceptiva de audiencia a las partes a fin de resolver sobre la concesión de la libertad condicional y la determinación de las condiciones, deberes y prestaciones, remitiéndonos aquí a lo ya dicho en las consideraciones generales. Deberían ser objeto de regulación las consecuencias de la incomparecencia de la persona penada.

Debe destacarse la introducción de la posibilidad de que el incidente se comience de oficio, hecho este que pese al dictado del art. 90 CP ya se estaba realizando por los jueces de vigilancia penitenciaria.

Aun cuando resulta positivo que la nueva regulación establezca la audiencia de la víctima, esté o no personada, como trámite previo a la decisión sobre la concesión de la suspensión de la libertad condicional, imposición de reglas de conducta al penado, modificación o revocación del beneficio y eventual remisión definitiva, por cuanto la misma puede proporcionar información relevante al efecto, evidentemente la citación de las acusaciones y víctimas no personadas y la celebración de todas estas audiencias durante la tramitación del expediente de libertad condicional, retrasará su tramitación, lo que a la postre puede redundar en perjuicio del reo, retrasando por ejemplo la concesión de la misma. Además de lo dicho, se añade la dificultad, que ya se planteó en su momento, de localizar a las víctimas de todos los delitos cometidos por un penado, que pueden encontrarse en diferentes lugares. Por lo tanto, se hace necesario que se acoten los supuestos en los que la víctima pueda intervenir y que se articulen mecanismos para que, llegado el momento, la localización de la misma se haga con la celeridad que este tipo de



expedientes requiere. Véase que se da audiencia a la víctima incluso cuando no se ha personado.

A este respecto merece la pena recordar los inconvenientes que ha supuesto la aplicación de los preceptos del Estatuto que contemplan la intervención de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución de la pena, que quedaron plasmadas en las conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas de Vigilancia Penitenciaria de 2018, toda vez que la regulación del Estatuto prevé la intervención de la víctima de un modo genérico que puede ocasionar dudas sobre los supuestos en los que tiene lugar. Dado que esta intervención puede retrasar la tramitación de los expedientes, sería deseable que en una materia tan sensible como esta, que afecta a la libertad de las personas, se concretara por el prelegislador con detalle en qué supuestos puede la víctima intervenir, evitando expresiones genéricas y valorativas.

Los recursos contra las resoluciones que se dicten en materia de libertad condicional no están expresamente previstos. Sería deseable que se concretaran expresamente tanto los recursos que pueden interponerse como el órgano competente para resolverlos, evitando así la confusión que ha originado en la práctica la aplicación de la disposición adicional quinta de la LOPJ, dada la particularidad que supone en materia penitenciaria que la competencia para resolver los recursos de apelación contra autos del juzgado de vigilancia penitenciaria en materias como la libertad condicional, corresponda al órgano sentenciador, que puede ser o no un órgano colegiado.

**§ 159.** El **Capítulo III** del Título II regula las «especialidades de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable» (arts. 913 a 919).

El Anteproyecto modifica la competencia en esta materia otorgándola al tribunal de ejecución y relegando al juez de vigilancia penitenciaria a la eventual revocación. No se comparte la atribución competencial al tribunal de ejecución



y se considera mucho más adecuado que la competencia en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable corresponda en exclusiva al juez de vigilancia penitenciaria, sin perjuicio de la competencia del tribunal de ejecución para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones del mismo que versen sobre esta materia.

El art. 913 ALECrím incluye dentro de la información necesaria que se ha de recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados en la elaboración de pronósticos de peligrosidad y reinserción social, sin referir si estos especialistas son aquellos del centro penitenciario encargados del tratamiento, como parecería lógico.

Se prevé la celebración de audiencia, lo que aquí resulta adecuado a tenor del procedimiento oral y contradictorio que exige el art. 92 CP por la trascendencia de la decisión.

**§ 160.** El **Capítulo IV** versa sobre «la ejecución de la pena de localización permanente» (arts. 920 a 922).

En el art. 920.1 ALECrím la audiencia prevista al Ministerio Fiscal resulta prescindible, atendida la levedad y corta duración de la pena de localización permanente.

Se especifica que, si la condena fuera por violencia sobre la mujer, el domicilio de cumplimiento será diferente y alejado de la víctima, lo cual se considera reiterativo pues ya está previsto en los arts. 171.7, 172.3 y 173.4 CP y es más propio de una norma sustantiva.

**§ 161.** El **Capítulo V** («las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad») se integra de dos secciones: Sección 1ª (la suspensión



de la ejecución de la condena) y Sección 2ª (la sustitución de la pena privativa de libertad).

En cuanto al art. 923 ALECrim (*procedimiento para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad*), se considera más adecuado que la celebración de la comparecencia tenga carácter facultativo en el mismo sentido que el art. 895 ALECrim al que el precepto se remite.

Debemos poner de manifiesto que la referencia a la citación de la víctima no conlleva la imposición de audiencia a la misma; solo tendrá lugar en los casos de delitos perseguibles mediante denuncia de la persona ofendida.

Se considera superflua la enumeración de las facultades del tribunal de ejecución recogidas en el apartado 2 del precepto, en atención al principio general del art. 879 ALECrim.

Se especifica que será preceptiva la asistencia de la persona condenada, lo que resulta sistemáticamente reiterativo puesto que la disposición general del citado art. 895 ALECrim ya lo establece así.

Sería conveniente imponer al penado la carga de comunicar al juzgado sus cambios de domicilio y, en caso de no hacerlo, considerar válidamente realizadas las notificaciones a su procurador y en el último domicilio designado tras realizar una última averiguación policial con consulta de los datos de la Seguridad Social y de las compañías telefónicas, pudiéndose acordar en este caso tanto la suspensión de condena como la revocación de la suspensión.

En el caso de las ampliaciones del plazo de suspensión se entendería válidamente realizada con las notificaciones realizadas del modo impuesto y en los supuestos de imposición de nuevas obligaciones o modificaciones de las impuestas debería entenderse revocada la suspensión, dando la posibilidad de



recurrir las resoluciones perjudiciales cuando pueda acreditar justificadamente su falta de comunicación del nuevo domicilio.

En el art. 925 ALECrím (*suspensión en caso de toxicomanías*) se considera innecesaria la celebración de comparecencia con la preceptiva asistencia del Ministerio Fiscal, reiterando lo ya dicho al respecto, más aún cuando la prueba a practicar en el acto es eminentemente documental, consistente en certificaciones e informes forenses, por lo que resulta más apropiado un traslado por escrito para informe.

En el art. 926 ALECrím (*suspensión en caso de enfermedad muy grave*) nuevamente se impone la celebración de comparecencia, contradiciendo el principio general del art. 895 ALECrím, por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente.

El apartado primero del art. 927 ALECrím (*revisión, modificación, prórroga o revocación de la suspensión*) de nuevo incluye las facultades del tribunal que con carácter general ya le otorga el art. 879 ALECrím. Una mejor sistemática aconseja huir de estas reiteraciones.

Por los motivos ya señalados, no se considera necesaria la preceptiva celebración de comparecencia, que debería establecerse como facultativa de acuerdo con la disposición general del art. 895, pues con carácter ordinario será suficiente la audiencia por escrito.

Respecto al art. 928 ALECrím (*remisión definitiva de la pena suspendida*) nos remitimos de nuevo a lo señalado en cuanto a la imperatividad de la celebración de comparecencia para la remisión definitiva.

Igualmente, volvemos a remitirnos a lo expuesto sobre la imperatividad de la celebración de las comparecencias en relación a la Sección 2ª de este Capítulo



V (sustitución de la pena privativa de libertad), integrado por los arts. 930 y 931 ALECrim.

Finalmente, debemos llamar la atención a que el Anteproyecto no prevé un sistema de recursos contra las resoluciones del tribunal en esta materia.

**§ 162.** El **Título III** regula las «reglas especiales de la ejecución de penas privativas de derechos» (arts. 932 a 941) bajo dos capítulos: Capítulo I (las penas privativas del derecho a la libre deambulación y comunicación) y Capítulo II (las penas privativas de otros derechos).

En cuanto al art. 933 ALECrim (*privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, de aproximarse a la víctima o a otras personas determinadas y de comunicar con ellas*), la necesidad de requerimiento personal y la anotación en los registros correspondientes ya se prevé como disposición general en el art. 932.2, por lo que resulta sistemáticamente más apropiado no acudir a su reiteración.

Respecto al art. 934 ALECrim (*control del cumplimiento de la pena*), no se comprende sobre qué extremos habrá de resolver el tribunal en relación con el cumplimiento de la pena, ya que tanto si se ha quebrantado como si no el efecto necesariamente ha de ser el mismo: la pena de alejamiento debe continuar cumpliéndose, sin perjuicio de su eventual control por medios telemáticos de localización.

Por lo que a los arts. 938 y 939 ALECrim se refiere (*privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas*), resulta más adecuado que el cómputo del cumplimiento de la pena se inicie en todo caso desde el requerimiento, independientemente de que la persona penada haya procedido o no a la entrega del permiso de conducción o de la licencia y/o arma.



En cuanto al art. 940 ALECrím (*trabajos en beneficio de la comunidad*) se reitera todo lo señalado en cuanto a la celebración preceptiva de comparecencia.

De acuerdo con el vigente art. 49 CP, la ejecución se desarrolla bajo el control del juez de vigilancia penitenciaria, por lo que igualmente nos remitimos a lo señalado en cuanto a la conveniencia de mantener sus competencias.

**§ 163.** El **Título IV** regula el «régimen especial de la ejecución de las medidas de seguridad» (arts. 942 a 950).

El art. 942 ALECrím regula unas disposiciones comunes sobre la materia. Una mejor técnica legislativa que permitiera armonizar conceptos y terminología debería situar en este precepto la previsión de la garantía de la participación de la persona que, en su caso, integre la institución de apoyo, las adaptaciones procesales que exija la persona con discapacidad sometida a medida de seguridad y desarrolle el importante derecho a la información, en lenguaje accesible y comprensible, sin tener que reiterarse con posterioridad a fin de no dar lugar a omisiones y discordancias.

Nos remitimos a lo argumentado en cuanto a la preceptiva celebración de audiencia, que en estos casos se exige tanto al inicio de la ejecución como al menos una vez al año, lo que se reproduce en los artículos siguientes.

Resultaría más acertado seguir las previsiones de los arts. 97 y 98 CP, que solo establecen el plazo anual de revisión para medidas de seguridad privativas de libertad o de libertad vigilada tras pena privativa de libertad, previa propuesta del juez de vigilancia penitenciaria.

La no consideración de quebrantamiento de la negativa a someterse o a continuar el tratamiento médico es una previsión ya recogida en el art. 100.3



CP y, por tanto, reiterativa y más propia del derecho sustantivo que del procesal.

La facultad expresa de que el tribunal podrá recabar los informes necesarios resulta innecesaria por aplicación de la disposición general del art. 879 ALECrim.

Asimismo, la posibilidad de mantener la ejecución, decretar su cese cuando desaparezca la peligrosidad criminal, sustituir la medida o dejarla en suspenso reitera los términos del art. 97 CP.

En cuanto al art. 943 ALECrim, resultará difícil que en la primera comparecencia se pueda determinar el concreto centro en el que se deba cumplir el internamiento, debiendo considerarse también la posibilidad de que en la resolución se fijen al menos los criterios y características del tipo de centro para su posterior determinación.

En caso de comunicación de quebrantamiento, no se estima necesaria la celebración preceptiva de comparecencia, en la línea ya señalada anteriormente.

Finalmente, cabe señalar que no aborda el precepto cuestiones relevantes como la liquidación de la medida y el abono de medidas cautelares.

En el art. 944 ALECrim se debería contemplar para la suspensión de la pena pendiente, en línea con el actual art. 99 CP, el requisito de que su ejecución ponga en peligro los efectos conseguidos con la medida.

En cuanto al art. 945 ALECrim (*medidas de seguridad no privativas de libertad*) se da por reproducido lo ya dicho sobre la celebración preceptiva de audiencias.



En el art. 946 ALECRim la fijación del contenido y obligaciones de la medida de custodia familiar no corresponde a una norma procesal sino sustantiva.

A la vista de las obligaciones y responsabilidades que se asumen, sería necesario dar audiencia al familiar que hubiera de hacerse cargo de la custodia y arbitrar un cauce para alegaciones sobre posibles causas de excusa.

Nos remitimos también a lo expuesto sobre la conveniencia de mantener las competencias del juez de vigilancia penitenciaria en relación con los arts. 96.3.4ª y 105.1.b) CP.

En relación con el art. 948 ALECRim (*expulsión sustitutiva de medidas de seguridad*) y en coherencia con lo dispuesto en los arts. 930 y 931 ALECRim y en el art. 89 CP, resulta más adecuado limitar la posibilidad de expulsión sustitutiva a los supuestos de medidas de seguridad privativas de libertad, pese a la actual redacción del art. 108 CP.

Asimismo, debería incluirse la ponderación del arraigo a fin de que la expulsión no resulte en exceso gravosa, en el sentido previsto en el art. 89 CP.

Ha de señalarse la dificultad de la valoración de la posibilidad de continuación del tratamiento o control médico en el país de origen.

Respecto al art. 949 ALECRim (*medida de seguridad de libertad vigilada de cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad*) reiteramos lo expuesto sobre la competencia del juez de vigilancia penitenciaria para elevar la propuesta, en relación con lo previsto en el art. 106.2 CP. También nos remitimos a lo ya dicho en cuanto a las comparecencias preceptivas.

Este precepto (art. 949 ALECRim) contempla únicamente la libertad vigilada pospenitenciaria, pero no la pospenal en los casos de suspensión de la



ejecución de la pena ni en los supuestos de pena no privativa de libertad, que actualmente recoge el art. 98.2 CP.

En materia de libertad vigilada pospenitenciaria (posterior al cumplimiento de una pena privativa de libertad), el art. 949 ALECrim atribuye la competencia al tribunal de ejecución, sin especificar si es el órgano sentenciador o el juez de vigilancia penitenciaria. Aunque el Código Penal concreta este aspecto en su art. 106, delimitando las competencias del juez de vigilancia penitenciaria, en la práctica la ejecución de las libertades vigiladas pospenitenciarias está ocasionando dificultades en cuanto a la determinación del órgano competente. Así, por ejemplo, la determinación de la competencia cuando la pena impuesta inicialmente era privativa de libertad pero se acordó la suspensión y remisión posterior. En estos casos algunos jueces de vigilancia penitenciaria declinan la competencia por no haber tenido ningún contacto con el penado. En consecuencia, resultaría oportuno la aclaración por el prelegislador en esta materia.

El apartado primero del art. 950 ALECrim utiliza indebidamente una terminología obsoleta, debiendo sustituirse la expresión «representante legal» por «persona que integre la institución de apoyo a la capacidad procesal».

Nos remitimos a lo ya señalado al analizar el art. 942 ALECrim en cuanto a la previsión como disposición común de la garantía de participación de la persona que integre la institución de apoyo y la inclusión de las adaptaciones procesales necesarias, a fin de no dar lugar a omisiones y discordancias.

**§ 164.** El **Título V** del Libro IX regula en dos capítulos «la ejecución de penas o medidas de contenido patrimonial»: Capítulo I sobre la ejecución de la pena de multa (arts. 951 a 956) y Capítulo II sobre la ejecución de los decomisos acordados en sentencia (arts. 957 a 960).



El art. 952 ALECrím no resuelve las consecuencias del incumplimiento de más de dos plazos no consecutivos.

En cuanto al art. 953 ALECrím (*modificación de la multa o de los plazos*), no se considera necesaria la celebración preceptiva de comparecencia, siendo suficiente que se prevea como facultativa o que la audiencia se evacúe mediante informe escrito.

La previsión del párrafo segundo del art. 955.1 ALECrím (*responsabilidad personal subsidiaria*) es más propia de una norma sustantiva que de una ley procesal.

Se valora positivamente que se regule expresamente dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria acordada una vez abonada la multa (art. 955.2 ALECrím).

En el art. 958 ALECrím (*decomiso de equivalente*) se sugiere que se recoja expresamente la posibilidad adicional de que el tribunal acceda de manera directa por medios telemáticos a las bases de datos y registros públicos a los fines de la realización de bienes y derechos de la persona penada, a través de herramientas como el punto neutro judicial.

En el art. ALECrím (*restitución de efectos decomisados*) debería contemplarse expresamente el abono de los gastos de depósito, entendiéndose que pasarían a integrar el concepto de costas.

En caso de omisión total de pronunciamiento sobre los bienes decomisados, debería darse trámite de audiencia a las partes sobre su destino en lugar de proceder de manera inmediata a su restitución.



**§ 165.** El **Título VI** del Libro IX regula las «especialidades para la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas» (arts. 961 a 969).

En primer término, se valora positivamente que se dedique un apartado específico a las peculiaridades en la ejecución de la pena impuesta a las personas jurídicas, que el Anteproyecto hace extensible a los entes sin personalidad jurídica del art. 129 CP que pueden ser destinatarias de medidas de naturaleza diversa pero contenido muy similar al de las penas de las personas jurídicas.

No obstante, la regulación que se efectúa es quizá demasiado exigua y efectúa diversas remisiones a otras normas de forma ciertamente imprecisa. Ejemplo de lo anterior es la remisión que el art. 962 ALECrím realiza a un capítulo de un determinado título de un concreto libro del propio Anteproyecto, que sería técnicamente más correcta y mucho más taxativa en caso de concretar los artículos invocados, de modo que se minimicen posibles dudas interpretativas y se haga más fácil la comprensión de la norma a sus destinatarios. Lo mismo ocurre con la referencia genérica a la LEC que realiza el art. 961 ALECrím o con la del apartado 2 del art. 965 ALECrím, cuando dice que «la disolución se llevará a cabo conforme a las disposiciones de la legislación aplicable en atención a la naturaleza jurídica de la persona jurídica o entidad condenada».

De nuevo se exige a la persona jurídica que se humanice a través de la designación de una persona especialmente designada para la fase de la ejecución. Resulta de nuevo sorprendente que a falta de esa designación deba procederse conforme a las previsiones del Capítulo III, Título II, Libro I del Anteproyecto, previendo a su vez la posibilidad de acordar la detención del representante no comparecido injustificadamente, posibilidad esta última de difícil entendimiento y justificación dado que según prevé el texto prelegislativo, es posible realizar las diligencias con el abogado en caso de rebeldía de la



persona jurídica (art. 962.1) o en caso de no resolverse la ausencia del representante (art. 962.2).

A diferencia de lo que ocurre en las fases de investigación y enjuiciamiento, no se determina en este caso quién deba ser el representante de la persona jurídica, lo que resulta más respetuoso con su derecho de defensa y sus facultades de decidir su estrategia procesal y, por tanto y como ya se anticipó, resultaría predicable para todas las fases del proceso.

Se considera claramente mejorable la redacción del art. 963 ALECrím. En cuanto a su primer apartado, en modo alguno se entiende justificada la obligación de designar un nuevo representante en caso de transformación, fusión, absorción o escisión, siendo mucho más correcto convertir esa posibilidad en una opción mediante el uso del término «podrá» (art. 963.1 ALECrím).

Por su parte, el apartado 2 del art. 963 ALECrím se refiere a una posibilidad absolutamente ajena a la norma procesal y susceptible de generar disfunciones graves en el resultado final del proceso, resultando que, de considerarse necesaria alguna previsión en este sentido, debería ser objeto de la necesaria reforma del Código Penal. La previsión de un incidente como el regulado en el precepto mencionado puede dar lugar además a ciertas dilaciones y a previsibles intentos de operar en fraude de ley por parte de la persona jurídica condenada.

Resulta desproporcionada y tiene visos de constituir una pena adicional encubierta la opción de recurrir a la imposición de una intervención judicial prevista en el art. 964 ALECrím para garantizar el pago de una multa, una vez comprobada la ineficacia del pago voluntario o la vía de apremio. Más aun considerando que la intervención generará gastos que, según la norma, habrán de sufragarse con cargo a la persona jurídica. Si se persiste en mantener esta



opción, debería al menos concretarse una cuantía mínima de la multa a ejecutar que sirva al efecto de justificar las dificultades y las expensas que, inevitablemente, generará la intervención judicial en los términos en las que la misma se ha previsto.

La lacónica referencia del prelegislador en el art. 965.2 ALECrím resuelve de forma inconcreta y por ello insatisfactoria la cuestión de la liquidación de la persona jurídica condenada a disolverse. Una remisión a la legislación aplicable, sin más especificación, llevará al ejecutor de la pena a más de una vía muerta que el prelegislador debería resolver.

Se considera acertada la referencia que efectúa el art. 967 ALECrím a la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

En cuanto al control del efectivo cumplimiento de la condena a la pena de suspensión de actividades (art. 968), deberían preverse los mismos medios e intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que para la pena de clausura.

El Consejo Fiscal propone adicionar un apartado 3 al art. 968 ALECrím —en idéntico sentido al previsto en el art. 969.4 ALECrím— con el siguiente tenor literal:

*3. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad vigilarán periódicamente, conforme se indique por el tribunal en la orden de ejecución, que la persona jurídica no realiza las actividades prohibidas.*

El art. 969.1 ALECrím regula un trámite de audiencia cuya preceptiva convocatoria puede resultar innecesaria en determinados supuestos. En



consecuencia, el Consejo Fiscal propone la modificación del citado precepto en el siguiente sentido:

*1. Si la persona jurídica condenada tuviera varios locales o establecimientos y la sentencia no hubiera establecido cuál de ellos ha de ser clausurado, antes de resolver el tribunal encargado de la ejecución oír a las partes. De oficio o a instancia de parte, el tribunal podrá convocar a una audiencia a las partes para oír las sobre esta cuestión.*

**§ 166.** El **Título VII** del Libro IX contiene dos capítulos bajo la rúbrica «la ejecución de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil y el pago de las costas procesales», integrados por los arts. 970 a 978.

El contenido del primer capítulo (la ejecución de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil), contemplado en su totalidad, se armoniza con las disposiciones paralelas contenidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, reguladoras de la ejecución de la sentencia civil, con la diferencia notable de que, en el proceso penal la ejecución se iniciará sin necesidad de instancia o impulso de parte, sino que será efectuada de oficio (art. 970 ALECrím).

Se establece la total remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil y no solo con carácter subsidiario tanto en el procedimiento de ejecución ordinario como en cuanto a la ejecución provisional. En tal sentido, deben examinarse los problemas derivados de la necesidad de adaptación de la normativa civil al ámbito penal (aunque se trate de la ejecución de un pronunciamiento civil) que quedan sin resolver, dado que el procedimiento civil se configura sobre la base del impulso de parte, mientras que el proceso penal se establece que lo sea de oficio.



El prelegislador ha omitido toda referencia a la competencia para la ejecución de los pronunciamientos civiles al disponer en el art. 970 ALECrim que «se realizará conforme a las disposiciones previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, si bien será efectuada de oficio», interesando que se añada «por el juez o tribunal que la dictó».

Para la averiguación del patrimonio de la persona condenada y de los responsables civiles, el letrado de la administración de justicia podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales, las actuaciones de investigación necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo la persona condenada hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia (art. 970.2 ALECrim). En tal sentido, la actividad investigadora no deberá agotarse en la determinación de las rentas y patrimonio con el que el reo cuente en ese momento inicial, sino que habrá de prolongarse en el tiempo hasta que satisfaga la responsabilidad civil en sentencia.

El texto proyectado establece en su art. 971 que «si la sentencia no hubiera fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, el Ministerio Fiscal o cualquiera de los beneficiarios de las indemnizaciones podrá solicitar ante el tribunal que dictó la sentencia su determinación con arreglo a las bases establecidas en la sentencia, que se efectuará conforme al procedimiento de determinación de daños y perjuicios en ejecución establecido por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, con intervención de todas las partes del proceso con interés legítimo en su determinación, aunque no se hayan personado en la ejecución».

Ello implica ciertas dificultades en la práctica toda vez que no resulta pacífico en la doctrina que sean de aplicación los arts. 712 y ss. LEC o, por el contrario,



se tenga que acudir a un proceso declarativo posterior, ex art. 219.3 LEC, para la liquidación de los conceptos incluidos en la sentencia con reserva.

Contempla de forma favorable el Anteproyecto la posibilidad de la ejecución provisional del pronunciamiento civil que pudiera contener la sentencia penal. En tal sentido se afirma que «[l]os pronunciamientos sobre responsabilidad civil podrán ser ejecutados provisionalmente conforme a lo establecido en Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La competencia corresponderá al tribunal que haya dictado la sentencia en primera instancia» (art. 972 ALECrim).

Añade el precepto que «además de la parte que haya obtenido un pronunciamiento civil favorable, podrá instar la ejecución provisional el Ministerio Fiscal si ha ejercitado la acción civil». Este último inciso precisa de una aclaración complementaria, habida cuenta del particular régimen para el ejercicio de la acción civil que se diseña en el articulado.

Resulta importante subrayar que si bien en la exposición de motivos se advierte que el ejercicio de la acción civil «exonera al fiscal del deber de sostener esta última acción cuando la víctima se haya personado como parte actora y pueda reclamar por sí misma la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos», el texto proyectado va más allá de lo previamente anunciado al disponer en el art. 87 ALECrim que, «el Ministerio Fiscal sólo ejercitará la acción civil en favor de la víctima del delito cuando esta no se haya personado en el procedimiento y siempre que no haya hecho expresa renuncia o reserva para ejercitarla en la jurisdicción civil». Añadiendo posteriormente en el art. 114.2 ALECrim que «cuando la víctima no se haya personado como acusación particular ni como actor civil, ejercerá la acción civil en su interés el Ministerio Fiscal, salvo que aquella, expresamente, se reserve dicha acción o renuncie a ella».



En este sentido, se pasa de contemplar una mera posibilidad de abstención, cual es la exoneración de una obligación, a establecer una tajante prohibición de actuación. Al modo en que se configura el ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores, se prohíbe que pueda existir una duplicidad en el ejercicio de la acción civil. Bien la ejercita el Ministerio Fiscal, bien la ejercita el perjudicado, pero no ambos a la vez.

También remite el prelegislador a las disposiciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, al regular las tercerías de dominio o mejor derecho que puedan interponerse en relación con los bienes objeto de embargo, para satisfacer las responsabilidades pecuniarias o para ejecutar el comiso. La competencia le corresponderá al tribunal que esté conociendo de la ejecución (art. 973 ALECrím).

Añade el artículo 974 ALECrím que, si durante la tramitación de la causa se hubiese prestado caución para aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, se hará efectiva la suma garantizada, efectuándose el pago de las indemnizaciones acordadas en sentencia.

Prevé a continuación el art. 975 ALECrím que cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, para resolver sobre su plan de pagos y garantías conforme determina el Código Penal, podrá convocarse a las partes a una audiencia, en la que será oído personalmente el perjudicado.

En este sentido el art. 125 CP dispone que «el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos», regulando, acto seguido, el art. 126 CP el orden de los pagos.



Respecto a la ejecución de los pronunciamientos civiles en los delitos contra la Hacienda Pública, contrabando y Seguridad Social, el art. 977 ALECrim dispone que los órganos de recaudación de la administración tributaria o, en su caso, de la Seguridad Social, tendrán competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda llegar a resultar afecto al pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito, ejercer las facultades previstas en la legislación tributaria o de Seguridad Social, remitir informes sobre la situación patrimonial, y poner en conocimiento del tribunal las posibles modificaciones de las circunstancias de que puedan llegar a tener conocimiento y que sean relevantes para que el tribunal resuelvan sobre la ejecución de la pena, su suspensión o la revocación de esta.

En este sentido, el último apartado del art. 305 CP señala que, para la ejecución de la multa y de la responsabilidad civil, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la administración tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos que establece la citada ley. La responsabilidad civil comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legítima en los términos previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*, incluidos los intereses de demora.

El contenido de la deuda tributaria, se concreta en el art. 58 LGT que a tal efecto señala que estará constituida por la cuota o la cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta y, además, estará integrada en su caso por: el interés de demora; los recargos por declaración extemporánea; los recargos del período ejecutivo y los recargos exigibles legalmente sobre las bases o cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos.

Para la exacción por la vía de apremio de las cantidades adeudadas por responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito contra la Hacienda



Pública no será necesaria la comunicación de un requerimiento de pago con carácter previo para proceder al embargo de los bienes para el cobro de la responsabilidad civil (Resolución TEAC, de 29 de junio de 2017).

Añade el apartado 2 del art. 977 ALECrím que la disconformidad de la persona obligada al pago con las modificaciones que con arreglo a lo previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*, se pondrá de manifiesto al tribunal competente para la ejecución en el plazo de treinta días desde su notificación. El tribunal, previa audiencia de la administración ejecutante y del Ministerio Fiscal por idéntico plazo, resolverá mediante auto si la modificación practicada es conforme a lo declarado en sentencia o si se ha apartado de la misma, en cuyo caso, indicará con claridad los términos en que haya de modificarse la liquidación. Contra el auto que resuelva este incidente podrá interponerse recurso de apelación. En tal sentido se sugiere, por resultar más conveniente, que el/la fiscal informe en último lugar, tras tomar conocimiento de las diferentes posturas.

En el Capítulo II, que contiene la rúbrica «el pago de las costas procesales», también merece un juicio de valoración positivo la regulación contenida en el art. 978 que determina que «en los casos en los que la sentencia penal contenga condena en costas se procederá a su tasación por el letrado de la administración de justicia conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, cuyas normas se aplicarán en lo que se refiere a su aprobación e impugnación. La exacción forzosa de las costas se realizará en la forma establecida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, si bien el tribunal las aplicará de oficio».

Desea llamar la atención el Consejo Fiscal sobre la ausencia de una regulación de la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito respecto de personas, físicas o jurídicas, que se encuentren en situación de concurso de acreedores.



En el informe del Consejo Fiscal al proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, de 20 de junio de 2019, mostrábamos nuestra preocupación por la ausencia de normas claras que regularan la necesaria coordinación entre procedimientos penales y concursales, tanto en materia de ejecución de la responsabilidad civil como en las medidas cautelares de carácter real.

A las propuestas *lege ferenda* formuladas en ese documento nos remitimos. Baste aquí señalar simplemente cuatro cuestiones básicas al respecto:

1.<sup>a</sup>) Es necesario aclarar si el crédito civil reconocido en el procedimiento penal al perjudicado por el delito debe o no integrarse en la masa del concurso y ser ejecutado en el procedimiento concursal o si, por el contrario, deben los tribunales penales retener la competencia para la ejecución de todos los pronunciamientos de sus sentencias, tanto los pronunciamientos penales como los civiles.

2.<sup>a</sup>) Es necesario, en caso de que se opte por la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, aclarar que el crédito del perjudicado por el delito tenga siempre la consideración de crédito con privilegio general conforme al art. 280.5º de la Ley Concursal, en la medida en que se trata de un crédito nacido de la responsabilidad extracontractual

3.<sup>a</sup>) En todo caso, deberá permitirse la modificación de la lista de acreedores para dar entrada en la misma a los perjudicados por el delito y facilitar la satisfacción de su crédito en igualdad de condiciones con el resto de acreedores con privilegio general

4.<sup>a</sup>) Igualmente, en caso de optarse por este carácter exclusivo y excluyente también en materia de medidas cautelares reales, como ya se hiciera en el



informe de 20 de junio de 2019, se valoraría muy positivamente la introducción de dos cautelas cuando fuere posible:

a) Que se permita la adopción previa de esas medidas por parte del Ministerio Fiscal o del juez de garantías, sin perjuicio de que después este deba comunicarlas al juez del concurso para que decida lo procedente sobre su mantenimiento o levantamiento en atención a la naturaleza del resto de los créditos reconocidos y a los derechos de los acreedores.

b) Que se garanticen debidamente en la vía concursal los derechos de los perjudicados por el delito antes de levantar cualquier medida cautelar adoptada por el órgano judicial, reconociéndoles un crédito concursal con privilegio general al tratarse en puridad de una *responsabilidad civil extracontractual* (art. 280.5º TRLC)

**§ 167.** El **Título VIII** del Libro IX regula la «destrucción de efectos y muestras y borrado de datos» (arts. 979 a 982).

El Libro IX del Anteproyecto concluye con este novedoso título que contiene una regulación detallada dedicada a regular en sus cuatro preceptos (arts. 979 a 982) el destino de los efectos, instrumentos y muestras intervenidos, así como el borrado de datos personales almacenados en sistemas electrónicos o soportes incorporados a las actuaciones.

Merece una valoración positiva que se haya introducido como novedad la prohibición de archivar definitivamente la ejecutoria hasta que el tribunal no haya resuelto y ejecutado todo lo que proceda en relación con los efectos, instrumentos o muestras depositadas o los datos personales almacenados en sistemas electrónicos o soportes incorporados a las actuaciones. No obstante, se acordará el archivo provisional cuando deba diferirse la destrucción o el borrado (art. 979.1 ALECrím).



Se ha de realizar un balance positivo respecto al trámite de audiencia introducido para resolver todas las cuestiones referentes a este título y añade que no se ejecutará ninguna decisión hasta que la resolución sea firme (art. 979.2 y 3 ALECrim).

En este sentido, atribuye el prelegislador la competencia al letrado de la administración de justicia que abrirá una pieza separada en la que se harán constar todos los particulares correspondientes a los efectos e instrumentos que deban de ser objeto de ejecución y procederá a dar a los efectos el destino que se haya previsto en la sentencia en la forma determinada reglamentariamente (art. 980 ALECrim).

Concreta el apartado 3 que lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los efectos decomisados, a los que se dará el destino previsto en esta ley, ni a aquellos efectos o instrumentos del delito que hayan sido embargados para la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias.

Introduce el prelegislador de forma acertada una novedosa regulación detallada referida al destino de los efectos intervenidos una vez se haya obtenido resolución firme (art. 981 ALECrim).

Respecto a los efectos intervenidos en los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, que sean de lícito comercio, se le dará el destino previsto legamente (art. 981.2 ALECrim), debiendo añadir: «o reglamentariamente».

Especialmente novedoso resulta el apartado 6 que dispone que el tribunal acordará la destrucción de las muestras biológicas obtenidas directamente de las personas investigadas, la víctima o terceras personas para contrastarlas con los vestigios del delito, sin perjuicio del mantenimiento del registro de los perfiles genéticos obtenidos que deban constar en las bases de datos policiales



con arreglo a su legislación. Las muestras halladas en el lugar del delito, en el cuerpo o en las ropas de la víctima se conservarán hasta que se ejecute totalmente la sentencia condenatoria o hasta que se declare firme la prescripción de la pena impuesta.

Respecto al borrado de las grabaciones, el art. 982.1 ALECrím dispone que salvo que se hubiera autorizado su utilización en otro procedimiento, el tribunal de ejecución ordenará el borrado y eliminación de las grabaciones originales que se mantengan en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la interceptación de las comunicaciones durante la investigación. No obstante, se conservará una copia bajo la custodia del letrado de la administración de justicia del tribunal. Transcurridos cinco años desde la ejecución íntegra o de la prescripción de las penas impuestas, se acordará su destrucción mediante decreto.

La previsión es acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «los tribunales en las causas en las que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar de oficio en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido» (STS 565/2011, de 6 de junio).

El tribunal acordará también (art. 982.2 ALECrím): i) el borrado de todos los datos personales que permanezcan almacenados en sistemas electrónicos e informáticos y que fueron obtenidos a través de dispositivos técnicos o de localización personal u otros medios de investigación tecnológica, o por el volcado de dispositivos electrónicos intervenidos; ii) el borrado de los datos almacenados en los sistemas electrónicos o informáticos policiales o judiciales incorporados por solicitud a entidades, instituciones u organismos públicos o



privados durante la investigación del delito. Debe tenerse en cuenta que la decisión que se adopte no afectará a los registros originales de los que se obtuvieron dichos datos y la información tratada e incorporada al proceso se mantendrá en los soportes adecuados, bajo la custodia del letrado de la administración de justicia hasta que transcurran cinco años desde la ejecución íntegra o prescripción de las penas, momento en que se acordará su destrucción mediante decreto.



## 2. Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales

§ 168. Cierran el Anteproyecto dos disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales (hay un error puesto que la «tercera» se repite dos veces).

Tras fijar la disposición adicional primera como título competencial el art. 149.1.6 CE, en la disposición adicional segunda se dispone que las administraciones públicas proveerán los «medios materiales necesarios para la puesta en marcha del nuevo enjuiciamiento criminal».

Las disposiciones transitorias prevén, con carácter general respecto a los procedimientos penales en tramitación a la entrada en vigor de la ley, que se rijan conforme a la legislación procesal anterior hasta que recaiga sentencia en la instancia de que se trate, aplicándose la nueva ley a partir de la sentencia y, en particular, en lo relativo a los recursos contra la misma. La nueva norma procesal se aplicará también a las ejecutorias incoadas a partir de su entrada en vigor y a las incoadas con anterioridad y no archivadas definitivamente, así como a las medidas cautelares que se soliciten tras su entrada en vigor, revisándose las ya adoptadas para ajustarlas a la nueva ley.

La disposición derogatoria extiende sus efectos a cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta ley orgánica, algunas de las cuales se enumeran prolijamente en las letras a) a cc) del apartado tercero, y a la anterior Ley de Enjuiciamiento Criminal con excepción del Título VI del Libro IV («Del procedimiento para la extradición»), que estará vigente «hasta la entrada en vigor de la regulación de dicho procedimiento en la Ley 4/1985 de Extradición Pasiva».

En la disposición final primera se prevé un plazo de tres años desde la publicación de la nueva ley para que el Gobierno promueva «las reformas



legislativas para la progresiva adaptación de los Juzgados y Tribunales» mediante la reforma de la LOPJ y la Ley de Planta y Demarcación Judicial. Además, contiene una previsión relativa a la implantación práctica del modelo señalando que se realizará escalonadamente, por fases y de forma coordinada con el CGPJ y, en su caso, las Comunidades Autónomas afectadas.

Un plazo de un año desde su publicación en el BOE —establecen las disposiciones finales segunda a cuarta— para que el Gobierno eleve al Parlamento, respectivamente, un proyecto de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal «a fin de adecuar la organización del Ministerio Fiscal», así como proyectos de reforma del Código Penal, leyes penales especiales y demás leyes cuya adaptación resulte necesaria y, finalmente, un proyecto de ley sobre colaboradores con la Administración de Justicia que sustituya a la LO 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales.

La disposición final quinta establece la supletoriedad de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, en lo no previsto en esta ley.

Mediante la nueva Ley de Enjuiciamiento se completa, de acuerdo con la disposición final sexta, la trasposición al derecho español de las Directivas 2012/29 de víctimas; 2013/48 de asistencia letrada y 2016/343 sobre presunción de inocencia.

Por último, en la disposición final séptima se enumeran los preceptos de rango ordinario y en la octava y última —realmente la novena— se dispone que la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal entrará en vigor a los 6 años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

De estas disposiciones se deduce que el prelegislador, en lugar de presentar un paquete legislativo global, se centra exclusivamente en la reforma de la ley



procesal, sin un modelo de funcionamiento institucional ni una visión de conjunto de las revisiones legislativas necesarias. Obviamente, ello no será suficiente para conseguir la implantación del «cambio de paradigma» que se propugna, ni a nivel legislativo ni a nivel práctico.

Así, en primer lugar, el cambio de sistema requerirá una profunda reorganización de las fiscalías y la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, acompañado de un ineludible refuerzo de su autonomía tanto interna como externa. Esta exigencia deriva tanto de los nuevos conceptos que recoge el Anteproyecto (equipos fiscales, composición y distribución de funciones) como del nuevo papel del fiscal y la introducción del principio de oportunidad. Deberá atribuirse plenamente al Ministerio Fiscal autonomía organizativa, funcional, presupuestaria y de gestión para que pueda abordar con la suficiente flexibilidad la implantación del modelo que sea más apropiada al tamaño y cargas de trabajo de las distintas fiscalías territoriales. Además del EOMF y su Reglamento, el cambio legislativo necesario deberá alcanzar a muchas otras normas como la LOPJ, Ley de Demarcación y Planta Judicial, pero también la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la normativa reguladora de la policía judicial.

En segundo lugar, no se ha acompañado el Anteproyecto de un estudio de impacto que permita concretar las necesidades a las que se refiere la disposición adicional segunda, siendo llamativa la falta de referencia a los medios personales que junto a los materiales, sin duda, serán necesarios para la implementación de la reforma.

Lo cierto es que el Ministerio Fiscal carece en la actualidad de los medios materiales y personales necesarios para asumir la investigación prevista en el nuevo modelo. Las plantillas actuales de fiscales y funcionarios, las sedes y, en general, el resto de medios, son insuficientes incluso para sus actuales competencias. Resulta inviable que con la actual plantilla el Ministerio Fiscal



asuma la investigación, asista a las innumerables comparecencias y vistas que prevé el Anteproyecto, celebre juicios, atienda los asuntos civiles y de otros órdenes jurisdiccionales, si no se invierte la relación de medios de que disponen los órganos judiciales en relación con los que se ponen a disposición de las fiscalías. La incertidumbre sobre todos estos aspectos es objeto de preocupación, especialmente en fiscalías territoriales con pocos efectivos. Parece que la permeabilidad entre ambas carreras a la que no alude el Anteproyecto como lo hacían proyectos anteriores, sería la manera más realista de permitir la movilidad funcional y ajustes de plantillas para la implantación de la reforma.

En tercer lugar, la imprescindible previsión y provisión de medios personales y materiales adecuados no podrá hacerse sin una mayor concreción de las cuestiones prácticas y la arquitectura global del modelo: los sistemas de gestión procesal o de comunicación, la forma en que deban organizarse y dotarse las oficinas de las fiscalías, etc.

Cabe mencionar también la implantación deseable del expediente digital. Habrá que configurar y dotar las oficinas y secretarías de fiscalía, con vinculación del funcionariado y previsión de trasvases de funcionarios de los juzgados de instrucción; la creación de equipos de peritos, asistencia a víctimas, policía propia, médicos forenses, oficinas de prensa. También será necesario el estudio y replanteamiento de las ubicaciones de juzgados y fiscalías.

La disposición derogatoria refleja algunas de las carencias derivadas de no haberse presentado un paquete legislativo integral. El apartado primero renuncia a derogar la regulación de la extradición activa que hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal que estará vigente «hasta la entrada en vigor de la regulación de dicho procedimiento en la Ley 4/85 de Extradición pasiva». Si lo que significa esta redacción es que el legislador entiende necesaria una nueva regulación de la extradición activa, junto a la pasiva y su inclusión en la Ley



4/1985, de 21 de marzo, de *Extradición Pasiva*, parecería más apropiado hacer una referencia expresa (o implícita) en las disposiciones finales que mantener en vigor *ad cautelam* un solo título de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, más allá del ya dilatado periodo de *vacatio* de seis años. Por lo demás, esta disposición, en lugar de utilizar exclusivamente una fórmula derogatoria abierta, enumera de forma prolija las disposiciones que se derogan, apreciándose pese a ello alguna omisión, como por ejemplo en relación con la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, del apartado v) e incluyendo las leyes que a su vez introdujeron modificaciones en la LECrim. Como, además, la enumeración no es taxativa, podría plantearse la utilidad de mantenerla.

Mediante las disposiciones finales se trata de suplir el abordaje fragmentario del cambio en el enjuiciamiento criminal al que hemos hecho alusión, remitiendo las reformas legislativas necesarias para hacerla realidad a un momento posterior al de la publicación de la nueva ley procesal penal. Aquí el legislador parece distinguir entre proyectos de reforma que el Gobierno deberá elevar al Parlamento en el plazo de un año desde la publicación (EOMF, CP, leyes penales especiales y otras disposiciones legales) y los referidos a la *adaptación de juzgados y tribunales que se deberán promover* en un plazo de tres años. Para estos últimos, que incluyen también la reforma de la LOPJ y de la Ley de Planta y Demarcación Judicial, se incluyen previsiones adicionales sobre el proceso de implantación, que se hará por fases y de forma coordinada con el CGPJ, y sobre la conservación *transitoria* de sus competencias hasta que los «órganos judiciales afectados no se encuentren adaptados a las previsiones» de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero a diferencia de la alusión al *proceso de implantación de forma coordinada con el CGPJ* y la preocupación por la incidencia de la nueva ley respecto a jueces y tribunales, se utiliza una terminología diferente en lo que se refiere a la reforma del EOMF, sin mención alguna a la inexcusable participación de la Fiscalía General del Estado y la carrera fiscal en la implantación del nuevo



modelo que tan profundamente incide en el Ministerio Público, ni a la implementación progresiva o escalonada del nuevo sistema. Sin proyectos que incluyan cronogramas, inversiones y medios en torno a los cuales hacer la progresiva adaptación y cambio de un sistema a otro, con la adaptación de las plantillas judiciales y fiscales, la reorganización de las oficinas, de las sedes o el apropiado cálculo de cargas de trabajo, es difícil que un cambio de sistema se materialice más allá de proyectos legislativos.

Como conclusión, lo reflejado en este informe y la preocupación por la falta de previsiones concretas en la futura implantación del nuevo modelo han sido unánimemente señaladas por todas las fiscalías de España que contribuyeron al estudio del Anteproyecto a solicitud de la Fiscal General del Estado. Resulta evidente que cambiar el modelo procesal penal no podrá llevarse a cabo sin el consenso y la interlocución constante con los representantes del Ministerio Fiscal español, junto con el resto de operadores jurídicos.

Mañana a 7 de julio de 2021

**LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO  
PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL**

**Fdo. Dolores Delgado García**