



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL
AL
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA
LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA LA AGILIZACIÓN DE
LA JUSTICIA PENAL, EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS
PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE
LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS.**

Madrid, 23 de enero de 2015



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA LA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL, EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS.

1. INTRODUCCIÓN 2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR PARTE DEL CONSEJO FISCAL 3. ESTRUCTURA 4. NECESIDAD DE LA REFORMA 5. ANÁLISIS DEL TEXTO ARTICULADO 5.1 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 LECRIM 5.2 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 118 LECRIM 5.3 AGENTE ENCUBIERTO 5.4/5 SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE REMISIÓN DE LOS ATESTADOS DE LA POLICÍA JUDICIAL A LA AUTORIDAD JUDICIAL O AL MINISTERIO FISCAL 5.6 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 324 LECRIM 5.7 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 520 LECRIM 5.8 MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN 5.9/10/11 MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN 5.12 DETENCIÓN Y APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA 5.13. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS 5.13.1 Principios 5.13.2 Presupuestos 5.13.3 Ámbito 5.13.4 Solicitud de autorización judicial 5.13.4.1 Regla general 5.13.4.2 Regla especial: intervención ordenada por Autoridades no judiciales 5.13.5 Resolución judicial 5.13.6 Deber de colaboración 5.13.7 Control de la medida 5.13.8 Duración 5.13.8.1 Plazo general 5.13.8.2 Solicitud de prórroga 5.13.9 Secreto 5.13.10 Cese de la medida de intervención 5.13.11 Acceso de las partes a las grabaciones 5.13.12 Utilización de las grabaciones en un proceso distinto 5.13.13 Destrucción de los registros 5.13.14 Secreto profesional 5.13.15 Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados 5.13.15.1 Necesidad de autorización judicial 5.13.15.2 Ámbito 5.13.15.3 Medidas especiales 5.13.16 Acceso a los datos necesarios para la identificación de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

usuarios, terminales y dispositivos de conectividad 5.13.16.1 identificación mediante número IP 5.13.16.2 Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes 5.14 CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS 5.14.1 Marco general 5.14.2 Presupuestos 5.14.3 Contenido de la resolución judicial 5.14.4 Secreto profesional 5.14.5 Ejecución de la medida y control judicial 5.14.6 Cese 5.14.7 Comunicación a los interesados y reglas de conservación y destrucción 5.15 UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE SEGUIMIENTO, LOCALIZACIÓN Y CAPTACIÓN DE LA IMAGEN 5.16 REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN 5.16.1 Introducción 5.16.2 Necesidad de resolución judicial y de motivación individualizada 5.16.3 Ampliación de los registros 5.16.4 Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del sospechoso 5.16.5 Acceso directo de la Policía Judicial a la información contenida en los dispositivos 5.17 REGISTROS REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS 5.17.1 Presupuestos 5.17.2 Previsión de los medios técnicos de investigación 5.17.3 Deber de colaboración 5.17.4 Forma 5.17.5 Duración 5.17.6 Acceso a contenidos almacenados en la nube 5.18 PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO 5.18.1 Configuración normativa del nuevo procedimiento especial 5.18.2 Observaciones de derecho comparado y objeciones generales al modelo propuesto 5.18.3 La aceptación del decreto y la conformidad premial 5.18.4 Ámbito objetivo de aplicación 5.18.5 El problema de la intervención del ofendido y perjudicado 5.18.6 El problema del plazo de tramitación 5.18.7 Sistema de recursos 5.18.8 Otras observaciones 5.18.9 Propuestas alternativas 5.19 PROCEDIMIENTO DE COMISO AUTÓNOMO 5.20 RECURSO DE APELACIÓN 5.20.1 Configuración normativa propuesta para la generalización del recurso de apelación en el orden penal 5.20.2 El déficit de la segunda instancia penal en el ordenamiento español 5.20.3 El déficit de la apelación de la sentencia absolutoria 5.20.4 Procedimiento 5.21 RECURSO DE CASACIÓN (SENTENCIAS) 5.22 RECURSO DE CASACIÓN (AUTOS) 5.23 RECURSO DE REVISIÓN 6. DISPOSICIÓN DEROGATORIA 7. MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA 8. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL 9. OTRAS CUESTIONES 9.1 NECESIDAD DE REGULAR LA OBLIGATORIEDAD DE LA TRANSCRIPCIÓN ESCRITA MEDIANTE ACTA DE DETERMINADAS DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN 9.2 TRATAMIENTO DE LAS FALTAS.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

1. INTRODUCCIÓN

Por medio de comunicación de la Secretaria de Estado de Justicia de fecha 5 de diciembre de 2014 se remite el Anteproyecto de Ley Orgánica *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas* con objeto de que sea emitido el informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días.

2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR PARTE DEL CONSEJO FISCAL

A tenor del artículo 14.4 j) de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, *reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF), corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto –como no podía ser de otra manera– prevé la intervención del Fiscal en una materia en la que convergen derechos fundamentales e investigación penal, esto es, en dos áreas medulares de la dimensión funcional del Ministerio Fiscal. Hasta en treinta y una ocasiones se le menciona a lo largo del articulado. Está, por tanto, claramente justificada la necesidad de emisión de informe por el Consejo Fiscal.

3. ESTRUCTURA

El Anteproyecto consta de Exposición de Motivos, un artículo único (con 23 apartados), una Disposición adicional, una Derogatoria y seis Disposiciones Finales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que estableció diversas Disposiciones Transitorias relativas a la incidencia de la nueva Ley en los procesos en tramitación, el Anteproyecto carece de las mismas constituyendo dicho silencio un elemento perturbador.

Prescindiendo de la polémica doctrinal, relativa a la retroactividad o no de las normas procesales (algunos procesalistas clásicos siempre defendieron el carácter retroactivo de las normas procesales favorables para el reo), se puede plantear que sería de aplicación lo establecido en el punto 2 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 que aprobó la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que para los supuestos en que el procedimiento aún no se hubiera calificado, y si todos los encartados optaban por la nueva regulación, los procedimientos en curso se ajustarían a la nueva norma.

De aceptarse este silencio y el carácter retroactivo de las normas procesales, como por ejemplo hizo el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional en el asunto del genocidio del Tibet aplicando la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ, nos podríamos encontrar en todos aquellos supuestos cuya instrucción hubiera superado los plazos establecidos en el artículo 324 que los Jueces deberían concluir la instrucción por imperativo legal dictando Auto de conclusión del sumario, o la resolución que proceda conforme al artículo 779 sin que pudieran pedirse diligencias complementarias y sin que pudiera aplicarse la cláusula establecida en el número 6 del artículo 324 pues habrían precluido los plazos para acodar ningún tipo de prórroga.

Por lo expuesto el Consejo Fiscal considera necesaria la inclusión en el Anteproyecto de Disposiciones Transitorias.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otra parte, debe subrayarse que el Anteproyecto en su artículo único se refiere a la modificación del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley Enjuiciamiento Criminal. El Anteproyecto pretende modificar la LECrim, no el Real Decreto de su aprobación y a aquella debiera referirse, no a éste.

4. NECESIDAD DE LA REFORMA

No es necesario invertir esfuerzo argumentativo para justificar la necesidad de la reforma. El campo de las comunicaciones ha experimentado una auténtica revolución incrementando de manera exponencial las posibilidades de comunicación entre las personas, e intensificando, al propio tiempo, las posibilidades de desarrollo y desenvolvimiento de la criminalidad que, de la mano de estas nuevas formas de comunicación ha conseguido mayores posibilidades de ocultación y elusión de la presión y persecución policial.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado también han comenzado a aplicar algunos de estos nuevos avances tecnológicos en la persecución de las formas más complejas de delincuencia.

La insuficiencia de nuestro marco normativo es manifiesta. Hace más de quince años que España fue condenada por primera vez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por una violación del Convenio de Roma derivada de la insuficiente regulación del régimen de las intervenciones telefónicas. Basta, en realidad, con la lectura del precepto que la ley vigente dedica a esta materia para advertir las carencias regulativas de que adolece esta grave intromisión en la intimidad del ciudadano.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El déficit en la calidad de Ley es aún más notorio en cuanto a la regulación sobre la injerencia en el derecho a la intimidad en general y respecto a la diligencia de investigación consistente en el acceso a los contenidos almacenados en un ordenador, en particular. No se prevé de una manera expresa la posibilidad de que pueda practicarse esta diligencia, pese a que la enorme cantidad de información que se acumula en los ordenadores puede tener un alto interés de cara a esclarecer numerosos hechos delictivos y olvidando que el acceso a tales contenidos supone una grave intromisión en el derecho a la intimidad que por tanto debe tener un marco que le dote de certeza y seguridad jurídica.

En definitiva, las carencias de nuestras leyes procesales pueden dificultar o incluso impedir la persecución de formas graves de delincuencia. Es imprescindible, pues, una urgente reforma legislativa que dote de un marco legal, respetando los parámetros de calidad de Ley establecidos en la jurisprudencia del TEDH, a estas diligencias de investigación relacionadas con las comunicaciones y con los dispositivos de almacenamiento masivo de datos.

Como la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto establece “por más meritorio que haya sido el esfuerzo de Jueces y Tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencia! de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales se han encargado de recordar”.

La colocación y uso de micrófonos de ambiente para la captación de conversaciones privadas de las personas sometidas a investigación, también carece de regulación legal específica en nuestro ordenamiento jurídico lo que, nuevamente, puede llegar a generar problemas de legalidad de las investigaciones policiales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La reciente STC de 22 de septiembre de 2014 ha declarado la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en un supuesto de grabación de las conversaciones de los detenidos que se llevó a cabo en los calabozos de las dependencias policiales, a pesar de haberse acordado mediante resolución judicial motivada. La queja constitucional del demandante de amparo se fundamentaba en la insuficiente habilitación legislativa para la intervención de estas comunicaciones directas. Esta resolución declara que “ni el art. 579.2 LECrim...ni tampoco la normativa penitenciaria...habilitan la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales...” añadiendo que “el art. 579.2 LECrim se refiere de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales...” y por todo ello se declara que “las grabaciones en dependencias policiales resultaron contrarias al art. 18.3 CE, deviniendo nula la prueba obtenida por ese cauce para todos aquellos que resultaron perjudicados penalmente por ella”.

La declaración efectuada por la precitada sentencia del TC al señalar que la decisión judicial motivada de interceptación de las conversaciones del detenido en la celda carece de norma legal de cobertura, suscita la necesidad de una urgente futura reforma legal. Tras esta resolución, y hasta tanto no se introduzca una norma de cobertura, no podrá practicarse ese tipo de diligencias de investigación, limitando gravemente las posibilidades de llegar a esclarecer la verdad en muchos delitos graves.

No puede por ello sino celebrarse que, decaída la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, se presente una iniciativa de reforma legislativa para, fundamentalmente, colmar estas lagunas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Así, la reforma aborda las diligencias de investigación relativas a interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de conversaciones mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos.

En tanto se procede a una completa renovación de nuestro ordenamiento procesal penal, lamentando el Consejo Fiscal que no se haya aprovechado esta ocasión para la implantación del tan anunciado como necesario nuevo proceso penal, la necesidad de impulsar reformas puntuales a fin de lograr una justicia penal más rápida, ágil, y al mismo tiempo garantista, justifica también el Anteproyecto, así como la necesidad de transponer las Directivas 2013/48/UE, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y 2014/42/UE, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

En la emisión del informe se tendrá muy presentes por razones obvias la regulación que sobre la materia del presente Anteproyecto se contenía en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (en adelante ALECrím) y en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 (en adelante PCPP).

5. ANÁLISIS DEL TEXTO ARTICULADO

5.1 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 LECRIM.

En el apartado segundo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto se lee que *existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes: i) la modificación*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de las reglas de conexidad y su aplicación en la determinación de la jurisdicción y competencia de los tribunales (...). La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que los mismos tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los que han sido denominados macroprocesos. La acumulación por conexión sólo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se han de expresar en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. La simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, el Juzgado lo considere más conveniente por razones de economía procesal, siempre que por ello no se altere la competencia. Así, además, se evitará el frecuente trasiego de causas entre los distintos Juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos.

Debe valorarse positivamente el criterio del Anteproyecto de restringir la conexidad cuando la acumulación de objetos procesales vaya en contra de la racionalización de las actuaciones jurisdiccionales, de su rapidez y economía procesal y no se deriven claras ventajas de aquélla.

Sin embargo, la inclusión del apartado 5 “los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente” supone una modificación de la configuración jurídico penal del delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal, ya que limita su investigación a un delito antecedente y lo declara conexo a éste y al procedimiento donde se investiga el delito antecedente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado 1 del artículo 301 del Código Penal establece una estructura del delito de blanqueo de capitales donde no resulta necesario indicar el delito antecedente porque basta ligarlo con una <<*actividad delictiva*>> en la que ha podido participar el autor del blanqueo de capitales o no haber participado. Sin que esa actividad delictiva tenga que haber sido enjuiciada ni haber sido objeto de condena previa.

Por otro lado, el carácter autónomo del delito de blanqueo de capitales permite su investigación en procedimientos distintos e incluso con posterioridad al enjuiciamiento de los delitos antecedentes, y con independencia del resultado de la sentencia sobre los delitos antecedentes.

La doctrina de la Sala 2ª en la STS 303/2010, de 3 de marzo, admitiendo que la existencia del delito previo constituye un elemento objetivo (normativo) del tipo, y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso exige que se haya dictado sentencia condenatoria, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tienen como origen un hecho típico y antijurídico. Tampoco considera preciso que se determine la autoría del delito precedente, pues el requisito de la necesidad de la condena previa haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo. Basta pues con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo (SSTS 857/2012, de 9-11 y 483/2007, de 4-6). Por lo que no es necesario la condena del delito antecedente o la declaración judicial de la existencia del delito antecedente.

Esta conexión del delito de blanqueo de capitales con un delito antecedente y supone limitar la investigación del delito de blanqueo de capitales a la investigación de un delito previo, y a su mismo procedimiento. Además introduce



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

una alteración en la estructura jurídico penal del delito contenida en el Código Penal por una modificación procesal, alteración que no ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 974/2012, de 5-12-12, entre otras).

Por tanto, entendemos que ha de ser suprimida, por 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 de l blanqueo sean las mismas personas que recibirían el tratamiento del apartado 3.

Por otra parte la referencia al delito continuado en el párrafo 7º se considera una obviedad, el delito continuado constituye un solo delito. No obstante, ya que se incluye esta mención expresa, podría acompañarse de una regla más operativa consistente en permitir la acumulación cuando se presentan características propias del delito continuado pero no puede serlo por tratarse de uno de los supuestos excluidos en el art 74 del C Penal. El Anteproyecto de 2011 ofrecía esa posibilidad, que puede asimismo servir para evitar la reiteración de las mismas diligencias de investigación en distintos procesos.

En relación al apartado tercero del precepto relativo a la posibilidad de acumulación procesal de delitos que no sean conexos pero *“hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí”*, se exige que sean *competencia del mismo órgano judicial*. Esta inédita regla restrictiva parece inspirada, según se deduce de la Exposición de Motivos, en la idea de evitar el *trasiego de causas entre distintos Juzgados* y que *no se altere la competencia*. Esta limitación puede producir dos efectos: a) la arbitrariedad a la hora de operar estas acumulaciones ya que serán o no posibles en función de que el lugar y tiempo de perpetración de cada hecho hayan asignado el conocimiento de los



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

misimos a distintos órganos judiciales o al mismo y b) quizás el intento de sustituir la norma competencial por criterios de reparto asignando por esta vía a los Juzgados los hechos conexos. Por tanto, el intento de evitar el trasiego se puede convertir en el resultado de impedir la acumulación.

Al Fiscal se le confiere el monopolio de la pretensión acumulativa por lo que se le debe permitir solicitarla aunque se trate de procesos asignados a órganos judiciales distintos, mediante la selección adecuada, sujeta a criterios objetivos, de aquellos asuntos en los que el trasiego se pueda ver compensado por la economía.

Salvo, claro está, que ser "de la competencia del mismo órgano judicial" se refiera a la competencia material in abstracto (prescindiendo de las normas de reparto y de la competencia territorial) en cuyo caso ninguna objeción cabría formular a la norma.

5.2 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 118 LECRIM.

La necesidad de la reforma se justifica en el apartado III de la Exposición de Motivos: *resulta necesario transponer en el ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho de 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. Para ello se modifican los artículos 118, 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la introducción de las previsiones que el Derecho de la Unión Europea requiere, entre las que destaca el régimen de asistencia de Abogado al detenido.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Para evitar una implantación asistemática y fragmentaria de las medidas, se efectúa una completa regulación de las exigencias del derecho de defensa, que no puede quedar circunscrito a las personas físicas, sino que se extiende a cuantas entidades pueden ser penalmente responsables y contra las cuales puede dirigirse el proceso (art. 31 bis y 129 del Código Penal).

Debe recordarse que en paralelo a este proyecto está tramitándose ante Las Cortes Generales otro Anteproyecto para modificar la LECrim para trasponer la Directiva 2010/64 UE de 20 de octubre y la Directiva 2012/13 UE de 22 de mayo. Dicho Anteproyecto afectaría, entre otros, a los artículos 118 y 520 de la LECrim con textos diferentes a los que se ofrecen en el Anteproyecto que estamos analizando por lo que deberían coordinarse ambas reformas para fijar un solo texto legal.

El apartado primero del proyectado art. 118 dispone que *son sujetos pasivos del proceso penal todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la ley y a los que indiciariamente les sea atribuida la realización del hecho punible*. Esta disposición tiene su origen en el art. 46 PCPP, si bien se sustituye el concepto de “encausado” que utiliza éste por el de “sujeto pasivo”.

Parece que con la nueva denominación se trata de evitar la carga estigmatizante que pueden tener otras denominaciones respecto de la persona contra la que se dirige el procedimiento. Este objetivo, en abstracto, es difícil de conseguir, pues es probable que cualquier nueva denominación adquiriera en la opinión pública la carga que siempre arrastra estar sometido a una investigación penal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La denominación “sujeto pasivo” es criticable porque si se quiere abandonar el sistema acusatorio formal de origen napoleónico y avanzar hacia un sistema acusatorio puro, tal nomenclatura no es la más adecuada para referirse a una parte activa del procedimiento en igualdad de armas con la parte acusadora.

Por otra parte, tal denominación generaría confusión por cuanto en Derecho Penal sujeto pasivo es la víctima, mientras que el autor del delito recibe la denominación sujeto activo.

No parece por ello que la denominación sujeto pasivo sea adecuada. Parece preferible utilizar la denominación “investigado” empleada en el ALECrim, que es más aséptica que la de “imputado” y que la de “encausado”, empleada por la PCPP.

El apartado tercero del proyectado art. 118 recoge las facultades que confiere el derecho de defensa: a) conocer las actuaciones, b) formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, c) proponer diligencias y medios de prueba, d) intervenir en su práctica y en los actos procesales en los que la ley no excluya su presencia, e) impugnar las resoluciones desfavorables.

La facultad que plantea problemas interpretativos es la primera, esto es, la de conocer las actuaciones, porque al no hacerse ninguna referencia temporal, parece deducirse del texto que este acceso a todo el material de las actuaciones se producirá desde el primer momento.

El texto de 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, concretamente su art. 7 es más matizado: cuando una persona está detenida, la Directiva exige que se le entreguen los materiales *fundamentales* para impugnar



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

la legalidad de su situación personal. Y los materiales completos se entregarán *con la debida antelación* que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y *a más tardar* en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal, a salvo las excepciones previstas en el apartado 4.

El apartado cuarto del proyectado art. 118 dispone que el derecho de defensa comprende la asistencia por un letrado de libre designación o, en su caso, por uno de oficio, que estará presente en todas las declaraciones y con el cual podrá comunicarse y entrevistarse en cualquier momento el sujeto pasivo. Con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2013/48/UE, si bien se ha optado por no incluir las excepciones de los apartados 5 y 6 del artículo 3, que permiten ante determinadas circunstancias excepcionales dejar de aplicar temporalmente los derechos reconocidos.

Los apartados 5 y 6 del art. 118 transponen la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativa al derecho a interpretación y traducción de los procesos penales. La interpretación gratuita se extiende a toda comunicación y a las actuaciones orales del proceso, y a todo el juicio oral y a las entrevistas reservadas con el abogado, con especial mención a las personas con limitaciones orales. La traducción gratuita comprende todas las resoluciones esenciales para ejercer el derecho de defensa, y, en todo caso, los autos que contengan medidas cautelares personales, el escrito de acusación, el auto de apertura de juicio oral y las sentencias.

En este punto debemos llamar la atención del Prelegislador. La Disposición adicional del Anteproyecto, bajo la rúbrica “previsión de costes” establece que *las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto considera en el mismo sentido que *no supondrá un incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal, y las medidas podrán ser implementadas mediante una reordenación de efectivos.*

La extensión del derecho de defensa a la traducción gratuita de autos y sentencias es, en abstracto, encomiable. No obstante, el cumplimiento de tal previsión puede ser gravoso desde un punto de vista económico. La traducción frente a la interpretación parece apuntar a su plasmación por escrito. Proceder a una traducción por escrito de las resoluciones más importantes del procedimiento va a generar un coste adicional, por lo que entendemos que esta previsión exige un estudio económico previo. Un reconocimiento tan generoso de derechos como el que se realiza no debe luego quedar frustrado por motivos económicos.

El Prelegislador, al incluir el auto de apertura del juicio oral va incluso más allá de los requerimientos de la Directiva, que establece en el apartado segundo de su art 3 en el que se regula el derecho a la traducción de documentos esenciales que “entre los documentos esenciales se encuentra cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia”.

El apartado cuarto del art. 3 de la Directiva también especifica que *no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan.* El Prelegislador tampoco hace uso de esta cláusula que seguramente permitiría ahorrar traducciones inútiles.

Creemos un grave error realizar estos reconocimientos tan amplios sobre una base equivocada, cual es la de que no van a generar costes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Los apartados 7 y 9 se refieren a la comunicación o información acerca de los hechos que se le imputan al sujeto pasivo, de su calificación jurídica provisional y, oralmente y por escrito, de los derechos que puede ejercitar. Con ello se transponen los artículos 3, 4 y 6 de la Directiva 2012/13/UE, si bien no estaría de más que se incluyera en el texto cuáles son esos derechos y que también debe informarse de cualquier cambio que el avance de la investigación determine en los hechos y/o en su calificación jurídica, como se recoge en la Directiva.

Finalmente, el apartado décimo se refiere al derecho a guardar silencio que tiene el sujeto pasivo. A él hace mención el artículo 3.1 c) de la Directiva 2012/13/UE, sin mayor desarrollo.

No obstante, sin una explicación en la Exposición de Motivos, se introduce una regla novedosa en el segundo párrafo del apartado 10, conforme a la que *al silencio o negativa a declarar no podrá atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate.*

Esta regla no es exigida por la Directiva citada, que menciona lacónicamente el derecho a guardar silencio sobre el que debe ser informado el sujeto pasivo. El contenido de este párrafo segundo podría interpretarse en un sentido que va más allá de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La doctrina del TEDH, expuesta fundamentalmente en el caso *Murray contra el Reino Unido* (Gran Sala), parágrafo 47, consiste en que una condena no puede fundarse exclusiva o esencialmente sobre el silencio del acusado o sobre su negativa a responder a las preguntas o a declarar. Pero, por otra parte, el derecho



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

a guardar silencio no podría impedir tomar en cuenta el silencio del interesado, en los casos que demandan seguramente una explicación por su parte, para apreciar el peso de los elementos de cargo en su contra. No se podría pues decir que la decisión de un acusado de callarse a lo largo de todo el procedimiento deba estar desprovista necesariamente de consecuencias.

En esta resolución el TEDH examinó si el equivalente norirlandés de los 34 y 35 de la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 violaba el art. 6 CEDH. La mayoría del tribunal (14 votos contra 5) mantuvo que las inferencias extraídas del silencio de Murray tanto antes como después del juicio no violaban el art. 6. Se aceptó que el derecho a permanecer callado durante el interrogatorio policial y que el privilegio contra la autoincriminación son estándares internacionales generalmente reconocidos que otorgan al acusado protección contra coacciones impropias por parte de las autoridades, pero que esas inmunidades no son absolutas ni pueden evitar que el silencio del acusado se tome en consideración “en situaciones en las que claramente se espera una explicación por su parte”. El que la extracción de inferencias adversas del silencio del acusado viole el art. 6 es una materia que ha de ser determinada a la luz de todas las circunstancias del caso, con especial consideración de las situaciones de las que se extraen las inferencias, el peso dado a ellas por los tribunales nacionales y el grado de coacción inherente. El caso Murray se planteó porque en el derecho inglés, tanto el *common law* como las secciones 34 a 37 de la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 parten de que el acusado no tiene obligación de responder a la policía. Ninguna consecuencia civil o penal va a derivarse de ello. Pero si no da una explicación que luego va a usar ante el tribunal, o no explica la posesión de objetos incriminatorios o de su presencia en el lugar del crimen, estos factores pueden tomarse en consideración por el tribunal de los hechos, salvo que pueda dar ante el tribunal una explicación satisfactoria acerca de tal silencio (estado emocional, deseo de proteger a otra persona, etc.). Además, una inferencia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

adversa no puede extraerse en tanto ante el tribunal de los hechos la acusación no haya establecido *prima facie* el caso. La acusación sigue llevando la carga de la prueba y el tribunal de los hechos debe tener en cuenta todas las circunstancias, incluidas las características subjetivas del acusado, antes de extraer la inferencia. Y si la policía ha rechazado indebidamente que el acusado tenga acceso a un abogado o lo ha engañado de algún modo, es muy probable que el juez informe al jurado en contra de extraer la inferencia.

En definitiva, conforme a la doctrina del TEDH, el silencio no puede ser la base de una condena, pero sí un contraindicio a valorar junto con otros en una posible condena. Ésta es también la doctrina del Tribunal Supremo, y del Tribunal Constitucional.

Así la STS 196/2006, de 14-2-2006 establece que *sobre la valoración de las declaraciones de los acusados que se niegan a declarar en el juicio oral, hemos declarado, (por todas STS 1443/2000, de 29 de septiembre y 1219/2002, de 27 de junio) que, "no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por parte del tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado, habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial. La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está acreditado es una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas ya practicadas".*

Del Tribunal Constitucional, puede citarse, entre otras, la sentencia 202/2000 que reconoce que *"...puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas, al respecto, cabe expresar del imputado una explicación..."*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La redacción que propone el Anteproyecto, podría interpretarse en el sentido de que el silencio no puede valorarse ni siquiera como contraindicio. Esta interpretación podría generar efectos perturbadores para la eficacia del proceso penal, no es la seguida por el TEDH y ni está justificada por razones constitucionales ni viene impuesta por la normativa de la Unión Europea.

Por ello no se entiende esta máxima de valoración probatoria y Propone el Consejo Fiscal que se suprima la previsión proyectada.

5.3. AGENTE ENCUBIERTO

El Anteproyecto, en su número Tres añade un apartado 6 al artículo 282 bis y en su número Catorce incorpora en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo, entre cuyas disposiciones el artículo 588 ter e) regula la investigación mediante agente encubierto.

La vigente regulación de la figura del agente encubierto contenida en el artículo 282 bis LECrim, introducida mediante 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*, ha suscitado diversos problemas derivados de la pluralidad de situaciones a las que puede verse abocado el agente encubierto en el curso de la investigación criminal, muchas de ellas imprevisibles y que, por tanto, no pueden ser valoradas y amparadas previamente por la resolución judicial habilitante de la infiltración policial.

La valoración sobre la proporcionalidad de las actuaciones con entidad jurídico-penal realizadas en el ámbito de la infiltración en relación con la finalidad de la investigación, queda sujeta a un juicio “a posteriori” realizado por el órgano



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

competente para el enjuiciamiento de aquellas, lo que genera una situación de inseguridad jurídica para el agente encubierto.

Esta problemática no queda resuelta con el nuevo párrafo que se pretende introducir en el artículo 282 bis LECrim.

Tampoco se acomete su modificación en otros aspectos, como el referente a la necesidad de que el Fiscal que autoriza la infiltración policial en el marco de sus diligencias de investigación tenga que dar cuenta inmediata al Juez, pese a que en esa fase pre-procesal todavía no se puede concretar el órgano jurisdiccional competente para el caso de que la judicialización de las diligencias llegara a ser procedente. Sería deseable la reforma del artículo 282 bis LECrim suprimiendo la obligatoria comunicación al Juez cuando el desarrollo de la infiltración no afecte a derechos fundamentales y haya sido autorizada por el Fiscal en el marco de sus diligencias de investigación.

La regulación proyectada pretende dar cobertura legal a la actuación del agente encubierto infiltrado mediante identidad supuesta en canales de comunicación, es decir, en las comúnmente denominadas redes sociales de Internet.

Desde hace tiempo se viene planteando la conveniencia de potenciar las posibilidades de utilización del agente encubierto en las investigaciones *on-line*, precisamente por las posibilidades que el uso de esta técnica ofrece para el esclarecimiento de los hechos ilícitos que se cometen a través de la red y para la determinación de sus autores. Tanto es así que en el informe elaborado, y publicado el pasado mes de octubre en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, con ocasión de la Ponencia constituida en el Senado para analizar los riesgos derivados del uso de la red por parte de menores, una de las conclusiones adoptadas se refiere precisamente a la ampliación de las posibilidades de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

actuación del agente encubierto en las investigaciones relacionadas con los ciberdelitos, o al menos con aquellos en los que las víctimas son personas menores de edad. Por ello, el Consejo Fiscal considera positivo que el Anteproyecto aborde esta materia al plantear la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien se estima necesario efectuar algunas reflexiones al respecto.

El Anteproyecto se refiere a esta técnica policial en dos apartados distintos. El primero de ellos, el apartado tercero, por el cual se incorpora un nuevo párrafo, el sexto, al artículo 282 bis y el segundo, el apartado decimocuarto, por el que se incorpora el artículo 588 ter e) relativo a la investigación mediante agente encubierto.

El proyectado apartado sexto del artículo 282 bis LECrim, en su primer inciso, parece dar respuesta a una problemática que se plantea de forma recurrente que es la relativa a la posibilidad de utilizar una identidad supuesta con ocasión de la navegación que lleven a efecto los agentes policiales en canales o foros abiertos de internet en el ejercicio de las funciones que legalmente les corresponden de prevención e investigación del delito a que se refieren los arts. 11 de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y 282 LECrim. Algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han dado por buena esta posibilidad sin exigir para ello autorización judicial o del Ministerio Fiscal como la STS nº 767/2007, de 3 de octubre, que se pronuncia sobre un supuesto en el que el uso del *nickname* se llevó a efecto en espacios públicos y en funciones generales de prevención de la delincuencia.

Esta solución no parece desproporcionada si tenemos en cuenta que el agente, en su actuación, no haría sino ajustarse a los parámetros ordinarios que rigen en la actividad que se desarrolla habitualmente en la red, espacio virtual en el que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

está generalmente asumida la circunstancia de que un número importante de usuarios interactúen bajo identidad supuesta o *nickname* de fantasía, por lo que la confianza del resto de los usuarios no se vería en absoluto defraudada por el hecho de ocultar la verdadera identidad.

Este planteamiento es especialmente claro si nos referimos exclusivamente a navegación por espacios públicos, sin acceso a foros en los que sea necesaria la previa identificación personal, y cuando todavía la investigación no se encuentra específicamente centrada en personas concretas a las que de forma deliberada y persistente se pretende engañar ocultando la propia identidad.

El precepto, sin embargo, tal y como se propone, resulta difícil de interpretar. En el mismo no hay pronunciamiento alguno sobre la necesidad de autorización judicial y/o del Ministerio Fiscal ni en relación con el primer inciso -referido a la navegación en foros abiertos- ni en el segundo, en el que el acceso a foros cerrados y el mantenimiento de la misma identidad supuesta se limita expresamente a la investigación de determinadas acciones ilícitas, en concreto a las previstas en el apartado cuarto del mismo artículo 282 bis o en el proyectado artículo 588 tér b, apartado segundo párrafo a). Es evidente que en este segundo caso estaríamos plenamente ante la figura del agente encubierto, por lo que resultaría imprescindible la autorización judicial no solo para utilizar una identidad supuesta, que igualmente podría ser autorizada por el Ministerio Fiscal, sino también para acceder a un canal cerrado de comunicación pues ello sin duda afecta a derechos fundamentales de quienes participan en ese foro.

Pero la duda se genera al interpretar el primer inciso. Estamos claramente ante una situación diferente a la que se contempla en el inciso segundo del nuevo precepto pero enmarcada dentro de la regulación general del agente encubierto. En consecuencia, la falta de referencia a la investigación de actividades ilícitas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concretas y el hecho de que la intervención se lleve a efecto en foros abiertos a una pluralidad indeterminada de personas plantea la cuestión de si puede llevarnos a entender que en esos casos dicho uso de identidad supuesta (o en su caso de *nickname*) no se considera propiamente aplicación de la técnica de agente encubierto y por tanto no precisa de autorización judicial ni del Ministerio Fiscal. La respuesta no parece clara y exige una mayor precisión por parte del Legislador.

Pero además el el proyectado apartado sexto del artículo 282 bis permite otra posible interpretación que dificulta todavía más la comprensión del mismo. Su redacción podría llevarnos a entender que si como consecuencia de la utilización de una identidad supuesta en canal abierto, el agente es aceptado en un canal de comunicación cerrado, podría seguir manteniendo esa identidad para investigar alguno de los delitos arriba indicados. ¿Querría esto decir que la figura del agente encubierto en un canal de comunicación cerrado debe venir siempre precedida de la utilización de la identidad supuesta en el canal de comunicación abierto?. De ser esta la interpretación que ha de darse al precepto, quedarían injustificadamente fuera del ámbito de actuación del agente encubierto aquellas investigaciones en las que su intervención se plantee directamente y desde el inicio en canales cerrados de comunicación.

Todo ello nos lleva a sostener que es necesario que el Legislador aclare debidamente todos estos extremos y, en particular concrete con mayor precisión el marco de actuación del agente encubierto en la red y las condiciones en las que es posible la utilización de una identidad supuesta o *nickname* de fantasía en la red sin precisar para ello de autorización judicial y/o del Ministerio Fiscal.

Otro aspecto que se aborda en este apartado es la ampliación del ámbito objetivo de aplicación de esta técnica policial. El actual artículo 282 bis 4 de la LECrim



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

limita las posibilidades de uso de la figura a los supuestos de investigación de actividades de delincuencia organizada cuyo objeto sea uno de los tipos delictivos que se relacionan en el propio precepto con carácter de *númerus clausus*. Esta circunstancia venía limitando de forma importante las posibilidades de utilización de esta técnica en las investigaciones *on-line*, dado que muchas de las actividades ilícitas más frecuentes -como el acoso a menores de edad- no se llevan a efecto en el marco de grupos de delincuencia organizada y otras de ellas -como los ataques a sistemas informáticos- no están incluidas en la mencionada relación de delitos.

Por ello, ha de valorarse positivamente que el inciso segundo de este nuevo apartado extienda las posibilidades de aplicación a los delitos relacionados en el proyectado artículo 588 ter b) 2a) entre los que se incluyen los delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u aquellos otros que puedan considerarse de especial gravedad.

La referencia a los delitos que puedan considerarse de especial gravedad debiera precisarse más, al menos con una remisión a los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad en función de la naturaleza, gravedad y características del hecho investigado.

En cualquier caso, sería aconsejable una mayor precisión del legislador en la delimitación de los tipos penales en los que va a ser posible la aplicación de esta técnica con ocasión de investigaciones que se lleven a efecto en la red.

El segundo artículo que contiene el anteproyecto en referencia a esta materia es el artículo 588 ter e) encuadrado en el marco de la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En dicho artículo, en su párrafo segundo, se incluye una referencia al agente encubierto informático, autorizándole a *intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos, siendo posible en tal caso el análisis de los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos.*

En relación con este precepto es necesario, en primer término, efectuar algunas sugerencias de carácter sistemático y gramatical:

-Es llamativa la ubicación sistemática del precepto, al margen de la regulación general del agente encubierto, en el artículo 282 bis LECrim, siendo, además que dicha circunstancia dificulta la correcta interpretación del mismo.

-La norma se refiere al agente encubierto informático como una técnica específica cuando lo cierto es que salvo este precepto en ningún otro se hace referencia expresa a esta figura como diferente del agente encubierto genérico contemplado en el artículo 282 bis LECrim.

-La expresión *siendo posible en tal caso el análisis de los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos* resulta difícilmente comprensible y debiera ser sustituida por otra en los siguientes términos *siendo posible en tal caso el análisis de los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.*

La identificación inequívoca de archivos informáticos se realiza ordinariamente a través del *hash*. El *hash* es la clave alfanumérica resultante del análisis de los contenidos de cualquier archivo informático y su especificidad es tal que la mas mínima alteración en el contenido del archivo determinaría la modificación de ese resultado *hash*. A su vez el termino algoritmo se emplea para definir los pasos e



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

instrumentos necesarios para obtener un resultado como es precisamente el *hash*.

Parece que el Anteproyecto lo que pretende con la expresión cuestionada es referirse a la posibilidad de identificar inequívocamente los archivos ilícitos que se hayan enviado o intercambiado, por lo cual lo importante a esos efectos no es *el análisis de los algoritmos* sino *el análisis de los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos*.

En segundo lugar, y analizando el contenido del precepto, se considera acertado que el anteproyecto aborde un problema concreto que se está generando en determinadas investigaciones -normalmente relativas a foros de producción de pornografía infantil- en las que la prosecución de la investigación exige del agente encubierto poner a disposición de terceros archivos de contenido ilícito como forma de demostrar la personal sintonía con la actividad delictiva que se desarrolla en esos espacios virtuales. En estos casos la aportación de dicho material por parte del agente puede resultar condición ineludible para poder entrar en dichos foros y en consecuencia para continuar la investigación.

En este tipo de situaciones estimamos imprescindible el control de la actividad por parte de la autoridad judicial/ Ministerio Fiscal. La incorporación a la red de archivos de contenido ilícito puede poner en riesgo bienes jurídicos necesitados de protección, por lo que estimamos ha de ser autorizada de forma individualizada caso por caso, para que puedan valorarse criterios de necesidad de adecuación y de proporcionalidad. No pueden quedar al margen de esa valoración aspectos tales como el tipo de archivo ilícito que se pretende intercambiar o enviar; el destino de esos archivos y el control que pueda establecerse sobre el movimiento de los mismos en la red tanto en orden a la posibilidad de su posterior recuperación como para conjurar el riesgo de provocación delictiva.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

No obstante, ha de advertirse que la dicción literal del precepto y su imprecisión puede llevar también a la interpretación de que un archivo ilícito no es solamente aquel cuyo contenido puede vulnerar bienes jurídicamente protegidos, sino también el que contiene un software con un ejecutable cuyo cometido esté orientado a la investigación criminal.

Si este fuera el caso -y la dicción literal no impide esta interpretación- habría que plantearse a su vez otras cuestiones tales como la razón por la que se limita su uso al agente encubierto y también la distinción entre esta técnica con la del registro remoto de dispositivos electrónicos a que se refieren los artículos 588 sexies a), b) y c) del Anteproyecto. Además no ha de olvidarse que un archivo ilícito puede tener muy distintas finalidades, algunas de las cuales pueden ser validas para la investigación criminal como monitorizar las pulsaciones del teclado; realizar capturas de pantallas o control y seguimiento de acciones del usuario, pero otras tienen una naturaleza claramente delictiva como la integración del dispositivo en una *botnet* (conjunto de robots informáticos que se ejecutan de manera autónoma y automática).

Parece evidente que la introducción de un *software* no es la pretensión que subyace en la redacción del texto que estamos examinando, pues esa posibilidad se encuentra regulada específicamente en el Anteproyecto a propósito del registro remoto de equipos informáticos (artículos 588 sexies a), b) y c) y nada impide que el agente encubierto sea expresamente autorizado, de acuerdo con esa normativa, para utilizar esta técnica si ello fuera necesario.

En consecuencia y sin perjuicio de considerar acertada la decisión del Legislador de regular la incorporación de determinados archivos ilícitos en la red con fines de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

investigación criminal, en base a los razonamientos expuestos, se estima imprescindible una regulación más detallada de esta materia.

Para finalizar, y como resumen de este apartado, estimamos que esta modificación fragmentada de la figura del agente encubierto, por la que apuesta el Anteproyecto para adaptar dicha técnica policial a las necesidades que plantea su utilización en la red, pese a que supone un avance necesario respecto a la actual regulación, resulta en sí misma insatisfactoria. Y ello, no sólo por todas las razones apuntadas sino porque las potencialidades que ofrece la utilización del agente encubierto en las investigaciones *on-line*, demanda de un tratamiento conjunto en aras a hacer posible una mayor coherencia que facilite la interpretación y aplicación de la norma reguladora.

5.4/5. SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE REMISIÓN DE LOS ATESTADOS DE LA POLICÍA JUDICIAL A LA AUTORIDAD JUDICIAL O AL MINISTERIO FISCAL

El Anteproyecto añade un tercer párrafo al artículo 284 y modifica el apartado 1 del artículo 295.

El análisis del tercer párrafo del artículo 284 y del apartado 1 del artículo 295 se realiza de forma conjunta, toda vez que la modificación de ambos preceptos responde a la finalidad de suprimir el régimen de remisión obligatoria por parte de la Policía Judicial a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se justifica dicha modificación en aras de la agilización de la justicia penal y de la racionalidad del uso de recursos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

humanos y materiales de la Administración de Justicia, que se ve perturbada por la gestión de los atestados policiales sin autor conocido.

En las referencias estadísticas de la últimas Memorias de la Fiscalía General se ha venido poniendo de relieve la acusada diferencia que existe entre el dato bruto de diligencias previas incoadas anualmente, más de cuatro millones, y el número de procedimientos que llegan a tener sustantividad, apenas seiscientos mil.

La masiva incoación de diligencias judiciales responde a la automática remisión de la totalidad de los atestados desde la Policía a los Juzgados de Instrucción, cuya gestión genera una ingente burocracia de registro, incoación de diligencias previas que son de inmediato archivadas previo visto del Ministerio Fiscal.

El Consejo Fiscal comparte con el Prelegislador la necesidad de minorar esta burocracia perniciosa, que permitirá a la oficina judicial y fiscal aplicar sus medios personales y materiales, siempre ajustados, a los procedimientos viables. Sin embargo, se estima que la exclusión de la obligación de remisión por la Policía al Juzgado de Instrucción de la totalidad de los atestados sin autor conocido puede afectar al control jurisdiccional de la actividad de la Policía Judicial, que constituye una exigencia elemental del principio democrático de separación de poderes.

Si bien los órganos jurisdiccionales deben verificar la correcta apreciación de las cuestiones jurídicas y fácticas contenidas en los atestados, lo cierto es que cuando éstos se refieren a determinados delitos menos graves -como los delitos contra el patrimonio producidos en medios de transporte o aglomeraciones u otros similares, en los que las posibilidades de encontrar al autor del delito es prácticamente imposible- el pretendido control judicial constituye una infructífera rutina burocrática.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Sin embargo, el Consejo Fiscal estima que el control jurisdiccional debe realizarse directamente y en todo caso, mediante la remisión de los atestados, incluso sin autor conocido, cuando se refieran a delitos contra la vida, la integridad física o la libertad o indemnidad sexual.

Por otro lado la previsión contenida en el inciso final relativa a la obligación de remitir los atestados si la Policía practica diligencias transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado carece de sentido si esas diligencias no han arrojado ningún resultado positivo, en cuyo caso la Policía, obviamente, deberá remitir el atestado tan pronto este resultado se produzca. Procedería en consecuencia la supresión de dicho inciso.

En su virtud, el Consejo Fiscal propone una nueva redacción del tercer párrafo del artículo 284 en los siguientes términos:

No obstante, cuando no exista autor conocido del delito, la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial, sin enviárselo, salvo que se trate de delitos contra la vida, la integridad física, contra la libertad o indemnidad sexual, o que el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial soliciten la remisión.

En consecuencia, el Consejo Fiscal informa favorablemente la nueva redacción del apartado 1 del artículo 295.

Además, la modificación proyectada generará otro efecto beneficioso: la estadística judicial penal dejará de estar basada en el hecho criminal, centrándose, como corresponde a su naturaleza, en el análisis de la realidad, evolución y problemática de los procedimientos judiciales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se sugiere, no obstante, como medida en protección de la víctima, que se establezca el deber de la Policía de comunicar al denunciante que las actuaciones van a ser archivadas sin remisión a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la Fiscalía o el Juzgado.

5.6 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 324 LECRIM.

Entre las medidas de sencilla implantación, el apartado II de la Exposición de Motivos menciona *la fijación de plazos máximos para la instrucción*. Posteriormente se concreta que *siguiendo la propuesta de la Comisión Institucional antes mencionada* (la que elaboró un Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal) *se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos para la finalización de la instrucción realistas y cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales. Se distinguen los asuntos sencillos de los complejos y se prevé la posibilidad de su prórroga con mucha flexibilidad, pero de forma que finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y adoptarse la resolución que proceda, de continuación del procedimiento ya en fase intermedia o sobreseimiento libre o provisional.*

La fijación de un plazo máximo de instrucción o investigación tiene razón de ser y es propia del sistema “acusatorio puro”: instrucción del Fiscal en exclusiva y libre de ingerencias durante un periodo tasado de tiempo. El control de la duración de la investigación, que en realidad se concreta en el control de la necesidad justificada de seguir investigando más allá de un plazo razonable, corresponde al Juez quien decide si la investigación está razonablemente agotada o hay razones para prorrogarla.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Establecer un plazo límite sujeto a control en nuestro modelo procesal en el que la investigación está en manos del Juez Instructor puede resultar hasta absurdo por razones tales como que el propio Juez ha de controlar la realización efectiva en plazo de *sus propias diligencias procesales*, que el Fiscal ostente, en régimen de monopolio, la facultad de pedir prórrogas a quien está dirigiendo y controlando la investigación cuando puede no compartir el curso de la misma o incluso no conocerlo.

Por tanto, hasta que no se produzca la necesaria reforma del proceso penal español tal medida de limitación temporal sujeta a control carece de sentido, de utilidad y resulta de difícil aplicación práctica por lo que el Consejo Fiscal solicita su supresión

No obstante, de mantenerse la misma, son varias las objeciones que se han de realizar al texto del Anteproyecto

El mero hecho de acotar los plazos de investigación, si no va acompañado de otras medidas, no es sino un elemento perturbador para la eficacia del proceso penal. Es evidente que una Justicia que no se administra en un plazo razonable no es justa, pero esta medida ha de ir acompañada de otras para que no produzca una merma en los fines del proceso penal.

El texto del proyectado art. 324 parte de una distinción entre causas de tramitación sencilla y causas complejas. El plazo para las primeras es de 6 meses y de 18 para las segundas. Estas últimas pueden prorrogarse por otro plazo máximo de 18 meses. Pero nada se dice de si las primeras pueden ser prorrogadas. No hay más que ver lo que ocurre con las diligencias de investigación que puede practicar el Ministerio Fiscal (por idéntico plazo de 6



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

meses) para percatarse de que a menudo será necesaria la prórroga también de las diligencias de tramitación sencilla. Y, además, cuándo sea necesaria la prórroga de las complejas se deja a criterio del Ministerio Fiscal, sin que quepa la posibilidad de que se acuerde de oficio. Esto es erróneo, primero porque el Juez de Instrucción es quien lleva la dirección de la investigación y por tanto el que mejor conoce el tiempo que para ella precisa, y en segundo lugar, porque puede darse el caso de que problemas con las notificaciones hagan que el Fiscal no sea consciente del pronto vencimiento del plazo o ni siquiera tenga constancia de la incoación.

Por otra parte, el texto parece partir de que *ab initio* se va a saber cuándo una causa es simple y cuando es compleja. Pero como el objeto de un proceso penal se determina progresivamente bien puede suceder que una causa inicialmente sencilla se torne luego compleja. Y nada se dice de cómo se adaptarán entonces los plazos.

En relación al proyectado párrafo 3 la relación de causas complejas resulta insuficiente; debería incluirse como un supuesto de causa compleja los procedimientos en que se adopten medidas restrictivas de derechos fundamentales como la intervención de comunicaciones. Las razones que abonan esta propuesta residen en la gravedad de los delitos investigados (consustancial a la adopción de la medida) y su duración pues el propio Anteproyecto prevé que las intervenciones telefónicas puedan acordarse por un plazo de duración de tres meses, prorrogables por iguales periodos hasta un máximo de dos años.

La propuesta de redacción se concretaría en añadir un apartado h) al artículo 324.3 con la siguiente redacción: h) Cuando se adopten medidas de interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Asimismo debería añadirse alguna cláusula abierta que permita declarar compleja una causa en otros casos, como cuando es difícil hallar el paradero de algunas personas o cuando hay una falta de colaboración por parte de instituciones a la que se piden documentos o informes.

En contradicción con lo dispuesto en el sistema de prórrogas, el juez puede de oficio, “excepcionalmente” o a petición de parte establecer un plazo máximo final (tanto para las sencillas como para las causas complejas). Pero no se da ningún criterio ni para saber qué se entiende por excepcionalidad ni cuáles pueden ser las “razones que lo justifiquen”. Tampoco se fija cuál es ese plazo máximo. ¿Puede ser superior a 18 meses? ¿Puede llegar hasta el plazo de prescripción del delito?

El último apartado también plantea problemas. Por lo que dice, pues no parece correcto que se elimine el uso del artículo 780 LECrim, y por lo que calla: en caso de sobreseimiento, ¿se puede reabrir la causa si aparecen nuevos datos? ¿Con qué plazos? ¿Rige el plazo de prescripción o estamos ante una “scadenza” en el sentido italiano? ¿Los actos de investigación realizados después del plazo previsto se pueden utilizar? ¿Y los que, acordados en tiempo, llegan después a poder del Juez?

En cualquier caso, los plazos parecen breves y poco realistas. Basta citar lo que ocurre en Italia, donde la investigación la dirige un Fiscal: el plazo de tiempo depende de la naturaleza del delito; si es un delito común, el legislador estima que seis meses son suficientes. Si el delito causa mayor alarma social, el plazo es de un año. En la previsión de que el plazo pueda resultar insuficiente, se ha previsto dilatar considerablemente el mismo, elevándolo para los delitos comunes de seis meses a dieciocho meses, y en determinados casos hasta dos años (casos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

especialmente complejos, que requieran cumplimiento de actuaciones en el extranjero o delitos conexos que requieran relaciones entre varias fiscalías territoriales), y el plazo de un año para los delitos de mayor alarma social hasta los dos años. Esta facultad de prórroga se ha dejado al juez, a petición del fiscal y oído, en los procedimientos comunes, el imputado. Además el plazo corre desde que es inscrito en el registro de la noticia del delito el nombre de la persona a la que se atribuye el delito y no desde la incoación de las Diligencias. Si el delito es perseguible por querrela, instancia o petición de procedimiento (*richiesta di procedimento*), el plazo corre desde el momento en el que la condición de procedibilidad llega a la oficina del fiscal. En el caso en que sea necesaria la autorización para proceder, se verifica una causa de suspensión del plazo, desde el momento de la petición hasta aquel en que la autorización llega a la oficina del fiscal.

Finalmente hay que tener en cuenta las posibilidades de reapertura de unas diligencias de investigación que fueron sobreseídas bien porque no quedó debidamente acreditada la perpetración del delito o bien porque no hubo motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores (art. 418 Codice di procedura penale apartados c) y d)). En estos casos el Fiscal u otra parte acusadora podrán solicitar del Tribunal de Garantías que deje sin efecto el decreto de archivo y autorice la continuación del procedimiento, siempre que surjan hechos o circunstancias cuyo conocimiento sobrevenido justifique el ejercicio de la acción penal (art. 421.1).

Por otra parte, en Italia se prevé expresamente que si el juez deniega la prórroga, da al fiscal un plazo no superior a diez días para que pueda decidir entre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. Los actos de investigación realizados después de la petición de prórroga y antes de la comunicación del rechazo de la misma son utilizables en el procedimiento. Y los actos de investigación realizados



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

después de la “scadenza” del plazo previsto por la ley o prorrogado por el juez no pueden ser utilizados. (inutilizzabilità).

A modo de colofón hay que insistir en dos aspectos de la regulación: el plazo de duración de las diligencias no es realista y además es preciso establecer con mayor detalle las consecuencias procesales de su transcurso. Esas consecuencias procesales no estaban previstas en el art 113 del PCPP 2013. Sin duda es muy deseable que los procesos se ventilen en un menor espacio de tiempo, porque ello forma parte de la idea de Justicia. Pero la regulación propuesta supone invitar a jugar con el tiempo. No se puede llegar sin más al sobreseimiento de las causas ni a introducir una caducidad automática en el proceso penal. Poner trabas se convertirá de este modo en un arma legítima del acusado y de su defensa, sin que, por otro lado, se prevea cómo afectará al transcurso del plazo el tiempo que tardan en resolverse los previsibles recursos al no regularse expresamente el posible efecto suspensivo de los mismos. Nótese que muchas diligencias pueden iniciarse sin que se conozcan todos los partícipes en el hecho y sólo en averiguarlo se puede tardar más de seis meses. Y si, según la ley, unas intervenciones telefónicas pueden durar varios meses, no será difícil que los plazos legales previstos se sobrepasen. A base de pedir diligencias de investigación e impugnar todas las denegaciones, las defensas tratarán de agotar los plazos máximos boicoteando la investigación, sobre todo si hay varios encausados. Y en muchos casos tendrán razón al solicitar determinadas diligencias. Es necesario ser realistas y prever también el supuesto de imputaciones sucesivas mientras se configura definitivamente el objeto del proceso. Hay investigaciones complejas en las que la identidad de todos los autores no aparecen antes de transcurrido un año, sino que van apareciendo escalonadamente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por último, como ya se adelantó *supra*, sería necesario introducir una disposición transitoria en la que se especificara que la regulación contenida en el nuevo art. 324 será de aplicación a los procesos que se incoen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Si se guarda silencio sobre este punto el principio general *tempus regit actum* que regula la aplicación en el tiempo de las leyes procesales podría interpretarse en el sentido de que debe solicitarse prórroga para todas las causas en tramitación en fase de instrucción, lo que desembocaría en graves disfunciones organizativas.

5.7 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 520 LECRIM.

En el nuevo apartado segundo se recogen los derechos de detenido, y se transponen las Directivas 2013/48/UE y 2012/13/UE.

Debemos detenernos en la previsión contenida en el segundo párrafo del ordinal 4º: *la asistencia letrada no será precisa para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.*

En primer lugar entendemos, debiera darse a esta disposición una redacción que acotase con más claridad la materia objeto de regulación. Puede inferirse, por la referencia a las bases de datos policiales, que lo que trata de regularse es la toma ordinaria de muestras de saliva (toma de hisopos con muestras de epitelio bucal) como una diligencia más del atestado en los casos en los que la detención sea por alguno de los delitos a los que se refiere la LO 10/2007.

Este punto debe aclararse pues es fundamental, teniendo en cuenta que las intervenciones corporales levísimas (como lo sería la extracción de una muestra



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de saliva) pueden no afectar al derecho a la integridad física ni al derecho a la intimidad, cuando por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, este derecho no resulte afectado. Esto es lo que ocurre en supuestos en los que la única finalidad es la de identificación (vid. SSTS nº 949/2006, de 4 de octubre, 1311/2005 de 14 de octubre y 179/2006, de 14 de febrero).

En definitiva, sería preciso que se aclarara que el texto se refiere no a la recogida de muestras abandonadas, sino a la toma de muestras a efectos de su incorporación a la base de datos de ADN y no a cualquier intervención corporal en el detenido, sino exclusivamente a la practicada mediante un frotis bucal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por exigir asistencia letrada para la toma de muestras a los detenidos. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 24 de septiembre de 2014, mantiene que *“la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentra detenido y en su defecto autorización judicial. Sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no haya cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción”*. Este acuerdo ha sido aplicado en la reciente sentencia 734/2014, de 11 de noviembre, de la Sala Segunda.

Entendemos que, no obstante, la opción del Prelegislador es legítima. La interpretación del TS tiene lugar en un contexto de falta de previsión legislativa. No existe impedimento constitucional en no exigir asistencia letrada para la toma de muestras no invasivas al detenido.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

De hecho, en Derecho comparado, con las únicas excepciones de Colombia e Italia, no se establece en ningún país la obligación de la asistencia letrada para la práctica de esta diligencia.

Debe igualmente repararse en que las Directivas sobre derechos del detenido que se transponen no incluyen el derecho a estar asistido de letrado en la toma de muestras.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dictado recientemente varias sentencias sobre el tema. Las SSTC nº 199/2013, de 5 de diciembre; 13/2014, de 30 de enero; 14/2014, de 30 de enero; 15/2014, de 30 de enero; 16/2014 de 30 de enero; 23/2014, de 13 de febrero; 43/2014, de 27 de marzo; 135/2014, de 8 de septiembre; casi todas ellas se refieren a la recogida de cigarrillos o esputos abandonados. La STC nº 134/2014 se refiere a un frotis bucal realizado por la policía en la persona del recurrente detenido, con la finalidad de confrontar las muestras biológicas obtenidas con otras halladas en una prenda encontrada en el lugar de los hechos, sin que existiera autorización judicial ni presencia de intérprete ni asesoramiento de letrado cuando aquél prestó el consentimiento. En el FJ 4º, el Tribunal Constitucional afirma que “la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad ha admitido la legitimidad de intromisiones en tal derecho cuando, sin autorización judicial, concurriera el consentimiento del afectado. Con arreglo a esta doctrina, la policía judicial podría proceder, de forma autónoma, a la toma directa de muestras y fluidos del cuerpo del sospechoso, siempre y cuando se obtuvieran mediante una intervención corporal leve (como, por ejemplo, la extracción de saliva mediante un frotis bucal), y el afectado prestara su consentimiento. El consentimiento actúa como fuente de legitimación constitucional de la injerencia en el ámbito de la intimidad personal y genética del afectado”. Y posteriormente añade: “el recurrente fue informado de su derecho a



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ser asistido de letrado, con carácter previo a la práctica de la diligencia policial de obtención de la muestra biológica, a pesar de lo cual en el momento en que se llevó a cabo esta diligencia no solicitó la presencia de letrado”, por lo que se configura constitucionalmente como un derecho renunciable, siempre que haya existido un consentimiento informado. Esta sentencia parece dejar expedita la opción del Legislador, por tratarse de un tema de legalidad ordinaria.

En este sentido, el art. 265.2 ALECrim preveía que “si se encontrase detenida (la persona), podrá prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilicen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal”.

Debe recordarse que la Ley 10/2007 configura los análisis de ADN de forma que las muestras obtenidas conforme a tal disposición solo proporcionan datos sobre identidad. La determinación del perfil no se referirá al ADN codificante, que contiene todos los datos genéticos de la persona. Como el propio Preámbulo expone, la Ley 10/2007 “contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto -la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética”. De ello puede obtenerse la conclusión de que en estos casos la afectación del derecho a la intimidad genética es inexistente, mientras que la afectación del derecho a la integridad corporal es mínima, en cuanto que sólo supone la toma de una muestra mínima de saliva. Debe concluirse con que desde el punto de vista de la afectación de los derechos fundamentales, la reseña de ADN puede equipararse a la reseña decadactilar.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La toma ordinaria de muestras de saliva como una diligencia mas del atestado en los casos en los que la detención sea por alguno de los delitos a los que se refiere la LO 10/2007 puede llevarse a cabo por la propia Policía actuante. Es a estos efectos aplicable la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, conforme a la que para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado...

Su limitado objeto -al igual que sucede con la reseña decadactilar- permite que el nivel de garantías exigible no abarque ni la asistencia letrada ni la jurisdiccionalidad.

No tiene porqué ser necesaria, pues, la asistencia letrada para tomar muestras del detenido a efectos de reseña, como tampoco lo es para la toma de las huellas dactilares. En este sentido, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva “en aquellos casos en que la ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente”. (SSTC nº 32/2003 y 475/2004 y SSTs nº 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005 y 863/2008).

Por otra parte, en directa relación con el ADN, se estima necesario introducir lo dispuesto en los arts. 288.4, 284.4 y 282.2 PCPP sobre la posibilidad de que el juez acuerde de forma coactiva la intervención corporal, siempre con arreglo a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, si el sujeto sometido a la misma se niega en rotundo a permitir la obtención de la muestra de ADN. También se regulaba la materia en los arts. 257 a 260 ALECrim, el último de los cuales regulaba expresamente la ejecución coactiva de la medida. La previsión es



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

necesaria pues la laguna actualmente existente y que se mantendría en el texto del Anteproyecto analizado genera numerosas dudas y vacilaciones.

Aunque resulta lógico que la creación legislativa de una base de datos de ADN establezca previamente la posibilidad de intervenciones coactivas y su regulación, la posibilidad de acudir al empleo de medios coactivos no es clara en nuestro ordenamiento. La respuesta negativa del afectado en el caso de la organización de una base de datos de ADN viene a perturbar el propio sistema pues permite que se autoexcluyan de la base a cambio de la pena del delito de desobediencia personas que deben ser incluidas.

En el apartado tercero se transpone el artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE y en los párrafos segundo y tercero se armoniza el texto con la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* y con el Código Civil, respectivamente.

Ahora bien, el párrafo tercero del citado apartado establece que “*si el detenido tuviere su capacidad de obrar modificada judicialmente, la información prevista en el número 5 del apartado anterior se comunicará a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal fueren o no hallados*”. El número 5 del apartado anterior se refiere al derecho a recibir asistencia jurídica gratuita. No entendemos el sentido de este precepto salvo que se trate de un error y el prelegislador haya querido referirse a la información de todos los derechos relacionados en el apartado anterior en cuyo caso tal error debe ser corregido. Lo que sin duda carece de sentido, es innecesario y no se entiende qué efecto se pretende conseguir con ello es la previsión contenida en el último inciso del párrafo “*dando cuenta al Ministerio Fiscal, fueren o no hallados*” que, en consecuencia, debe ser suprimido.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En este apartado tercero se hace referencia a que “si se tratare de un menor, será puesto a disposición de la Fiscalía de menores”. La denominación “Fiscalía de menores” aún extendida en el lenguaje coloquial y empleada habitualmente en los medios de comunicación, no se ajusta al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que sólo se refiere a las “Secciones de Menores de la Fiscalía”. Esta es por tanto la denominación que debiera utilizarse.

En el apartado cuarto se transponen los artículos 4.1 y 4.3 de la Directiva 2012/13/UE.

El apartado quinto recoge la esencia del vigente 520.4 LECrim, con una salvedad: se reduce de 8 horas a 3 el tiempo en que el abogado debe presentarse en el centro de detención. El motivo no es otro que, en la legislación vigente, si no acudía en las ocho horas, el detenido podía renunciar a la asistencia letrada y consentir en prestar declaración. Ahora este derecho se configura como irrenunciable, de ahí el acortamiento del plazo, con la idea de reducir también el tiempo de detención.

El apartado sexto recoge en parte el vigente 520.6, con las modificaciones obligadas por las directivas europeas. Así, se incluye la entrevista reservada con anterioridad a la declaración del detenido, el consentimiento informado por el letrado respecto de la práctica de diligencias que se soliciten, y el acceso a las actuaciones, salvo que hayan sido declaradas secretas.

En relación a este último derecho, al que se refieren los apartados.2 6º y 6.e/ del art 520, el Prelegislador no aclara si este derecho lo ostenta el detenido desde el mismo momento de su detención o queda diferido a un momento posterior, ya iniciadas las actuaciones judiciales. Cuando la Policía detiene e interroga a un



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sospechoso no puede saber la decisión que podrá adoptar el Juez de Instrucción respecto de la declaración de secreto de las actuaciones por lo que, si el detenido puede conocer el atestado desde el momento de su detención, antes que el propio instructor, es posible que se frustren las expectativas que se pretendan con la posterior declaración de secreto . Por tanto debería concretarse que tal derecho se ostenta una vez iniciadas las actuaciones judiciales y salvo declaración de secreto.

Por otra parte, debe repararse en que ni la redacción vigente del art. 520 LECrim -y sus concordantes-, ni la propuesta por la reforma proyectada dan solución a las especialidades que plantean las detenciones practicadas por buques (o aeronaves) de guerra, u otros buques de Estado específicamente autorizados, en espacios marítimos alejados de territorio español, con ocasión de la prevención o represión de delitos de persecución universal contra la seguridad marítima, tales como piratería, tráfico de estupefacientes, trata de seres humanos o terrorismo, de conformidad con el Derecho Internacional del Mar.

Es más, la reforma agravaría el problema al ampliar el contenido de los derechos del detenido, y anticipar en el tiempo su ejercicio, en aspectos tales como: ser informado en una lengua que entienda “*de forma inmediata*”; designar Abogado y solicitar su presencia para que le asista en *la preparación y desarrollo de los interrogatorios*, entrevistándose reservadamente con él antes de su declaración; ser reconocido por el médico forense o por su sustituto legal, con derecho a atención médica urgente (la reforma suprime la posibilidad de que sea atendido por *un médico de la institución en que se encuentre*); la comunicación con la autoridad consular...



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La gran mayoría de los mencionados derechos, comenzando por el propio plazo máximo de la detención, resultan de imposible cumplimiento en las especiales circunstancias en las que habitualmente se producen las detenciones de presuntos delincuentes y apresamientos de buques en la mar, en lugares alejados miles de kilómetros de territorio español, aun cuando se realicen al amparo de los tratados y resoluciones integrantes del Derecho Internacional del Mar.

Cabe aventurar que la falta de previsión legal de estos supuestos provocará, con mayor intensidad que hasta ahora, peticiones de nulidad de las detenciones practicadas en tales circunstancias y de las propias actuaciones derivadas, por resultar afectados derechos fundamentales, por lo que, a nuestro juicio, resulta necesario una previsión legal expresa, aunque sea de carácter genérico, que permita modular o limitaren estos supuestos el régimen general.

En consecuencia, se propone la inclusión de un nuevo artículo (cuya numeración podría ser 520 ter o 527 bis), con el siguiente contenido:

“A los detenidos en espacios marítimos alejados de territorio español, por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder el plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la Autoridad Judicial dentro del indicado plazo”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.8 MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN

La prisión incomunicada es una modalidad de prisión provisional en la que se restringen provisionalmente los derechos del preso preventivo a comunicarse con terceras personas para tratar de asegurar el éxito del proceso.

En la evolución histórica se han ido paulatinamente estrechando los supuestos habilitantes, la duración y los efectos de esta modalidad de prisión provisional.

El vigente art. 509.1 LECrim permite al Juez de Instrucción o tribunal acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

Algunos sectores doctrinales consideran que la privación de libertad incomunicada propicia violaciones de derechos humanos como la tortura y los malos tratos. Es por ello por lo que es mirada con recelo desde el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Pese a lo intrusiva que la incomunicación puede llegar a ser en los derechos de la persona privada de libertad, para el TC la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos “puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto” (STC nº 196/1987; ATC nº 155/1999).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el número octavo del Anteproyecto se da una nueva redacción al art. 527, en relación con los efectos de la incomunicación. En el apartado primero se dispone que *el detenido o preso, mientras se halla incomunicado, podrá ser privado de los derechos expresados en el presente capítulo, salvo los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones, que se aplicarán excepcionalmente, en la medida en que esté justificado en atención a las circunstancias específicas del caso:*

- a) Podrá acordarse que su Abogado sea designado de oficio.*
- b) Podrá acordarse que no tenga derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado.*
- c) Podrá acordarse que no se comunique con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.*
- d) Podrá acordarse que el detenido no tenga acceso a las actuaciones, incluido el atestado policial.*
- e) Podrá acordarse que el Abogado del detenido no tenga acceso a las actuaciones, incluido el atestado policial.*

Los efectos conforme al vigente art. 510 y 527 LECrim son los de que el detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones: a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio. b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2. c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Con la regulación proyectada se permite que el Juez module los efectos de la incomunicación, en términos más respetuosos con el derecho de defensa y el principio de proporcionalidad.

En el apartado segundo se establece que *las medidas previstas por el apartado 1 solo podrán adoptarse cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona.*
- b) Una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.*

Con la regulación proyectada se limitan los supuestos en los que cabe acudir a la prisión incomunicada.

Entendemos que esta previsión implicaría retocar igualmente el art. 509.1 LECrim vigente pues regula el presupuesto que permite la detención o prisión incomunicadas del siguiente modo “para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”. Debiera armonizarse el vigente art. 509.1 con el proyectado art. 527.2.

El proyectado apartado tercero del art 527 establece que la incomunicación será acordada por auto. Solicitada por Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal la incomunicación, se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cual el Juzgado habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones.

Ya el TC declaró que “no es contrario a la Constitución el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, aunque solicitando al mismo tiempo del órgano judicial la confirmación de la medida” (STC nº 199/1987, de 16 de diciembre).

Pero en todo caso, debiera armonizarse esta nueva previsión de carácter general con la contenida en el art. 520 bis, que no se modifica y en el que sólo se prevé que la incomunicación tenga efecto desde su solicitud para los casos de terrorismo (artículo 520 bis.2).

5.9/10/11 MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN

El Anteproyecto da una nueva redacción al enunciado del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado del siguiente modo: *De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución.*

La modificación es atinada, pues con dicha rúbrica se dota de una abrazadera común a los capítulos que la integran, de modo que cumple con su función sistemática.

5.12 DETENCIÓN Y APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA

Se regula en el nuevo Capítulo II al que se dedican los arts. 579 a 588.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El art. 579, bajo la rúbrica *de la correspondencia escrita y telegráfica* se estructura en tres apartados:

Los dos primeros apartados, dedicados a la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica y la observación de las comunicaciones postales y telegráficas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, no presentan modificaciones dignas de ser evaluadas. No obstante en el apartado segundo parece conveniente introducir un plazo máximo de duración de la observación de las comunicaciones.

Conforme al apartado tercero *en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad, y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.*

El art. 18.3 CE establece que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El art. 55.2 CE prevé la posibilidad de suspensión de esta garantía *en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*.

Por tanto, constitucionalmente es admisible la derogación de la garantía de que sólo mediante resolución judicial cabe acordar intervenciones telefónicas cuando se trata de investigar *bandas armadas o elementos terroristas*.

El texto proyectado amplía esta posibilidad a investigaciones en averiguación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad.

La Exposición de Motivos guarda silencio respecto a la justificación y fundamento de tal ampliación. Entendemos que la misma no se ajusta a la Constitución y que por tanto, debe eliminarse del texto prelegislativo.

Dispone el apartado cuarto que no se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

- a) *Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías.*
- b) *Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.*
- c) *Cuando la inspección proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Este apartado sí que es formalmente novedoso. Reproduce el apartado segundo del art. 313 PCPP.

En relación con los paquetes con etiqueta verde la jurisprudencia ya había dejado claro que no era necesaria la autorización judicial para su registro (SSTS nº 306/1997, de 11 de marzo, 66/1996, de 1 de febrero y 181/1996 de 1 de marzo).

En relación con los paquetes abiertos el Acuerdo de la Junta General de la Sala de lo Penal de 4 de abril de 1995 admite también su registro sin autorización judicial.

Sería conveniente introducir un cuarto supuesto, derivado de la jurisprudencia establecida, entre otras, en STS nº 1270/1997, de 20 de octubre, en relación con los paquetes en cuyo exterior se hace constar su contenido.

En definitiva, parece conveniente dar rango legal a estos criterios jurisprudenciales.

5.13. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

5.13.1 Principios

El Anteproyecto crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo III bajo la rúbrica *la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*.

El proyectado art 588 bis a se dedica a los principios. Creemos adecuada la formulación de los principios generales en torno a los que se desarrolla el marco



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

legal, pues proporcionan asideros firmes a la labor hermenéutica que en el momento aplicativo necesariamente ha de llevarse a cabo.

Especial valoración positiva merece que el ámbito tecnológico de producción del delito sea una circunstancia que, junto con las restantes mencionadas en el párrafo 5º de este artículo, haya de tenerse en cuenta al analizar la proporcionalidad de la medida. Ello ha de ser así porque muchos de los ilícitos que se sirven de las TIC en la planificación y desarrollo de la acción ilícita únicamente pueden ser investigados a través de los sistemas informáticos y utilizando esas mismas tecnologías, pues es en dichos sistemas donde se desenvuelve todo el *iter criminis*, donde se producen sus efectos y donde pueden encontrarse las evidencias de la acción ilícita.

En su apartado primero se dispone que *en el procedimiento de investigación se podrán intervenir y registrar las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.*

El apartado segundo desarrolla el principio de especialidad: *exige que la intervención esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Las intervenciones prospectivas sobre la conducta de una persona o grupo están prohibidas.*

Esta prohibición es conforme con la doctrina constitucional, que ha declarado que han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC nº 26/2010, de 27 de abril, 5/2010, de 7 de abril, 197/2009, de 28 de septiembre y 253/2006, de 11 de septiembre).

El apartado tercero desarrolla el principio de idoneidad: *servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.*

En la formulación de este principio podría prescindirse del siguiente inciso: *los terminales o sistemas de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos ocasional o habitualmente utilizados por el sujeto pasivo.* Esta especificación se incluye más adelante en otras disposiciones(vid. epígrafe 5.13.3), por lo que se incurre en reiteración, siempre perturbadora.

El apartado cuarto desarrolla el principio de excepcionalidad y necesidad: *solo podrá acordarse la interceptación cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del sujeto pasivo e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.*

De nuevo la formulación del principio es acorde con la jurisprudencia que lo ha ido perfilando: Es paradigmática la STS nº 740/2012, de 10 de octubre, que declara que esta medida solo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación. Además de la existencia de indicios de delito es preciso que el estado de la investigación haga necesaria la restricción del derecho fundamental. Los datos objetivos disponibles indican que se debe investigar y justificarían la restricción del derecho fundamental, pero, además, ésta debe ser necesaria en el sentido de que el investigador, dado el estado de la encuesta, no pueda recurrir a otros medios menos gravosos para avanzar en aquella. Se asume igualmente la doctrina constitucional: el TC ha declarado que la proporcionalidad supone también que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (SSTC nº 56/2003, de 24 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre y 70/2002, de 3 de abril).

Entendemos no obstante, que es preferible la versión más sintética contenida en la PCPP: *por los principios de excepcionalidad y necesidad, sólo podrá acordarse la interceptación cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho* (art. 294.4).

5.13.2 Presupuestos.

Conforme al art. 588 bis b la autorización judicial a que se refiere el artículo anterior solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos siguientes:

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3.º Delitos de terrorismo.

4.º Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

Es éste, sin duda, uno de los *punctus pruriens* de toda la regulación.

El art. 275 ALECrim autorizaba la interceptación de las comunicaciones para la investigación de delitos dolosos castigados con pena máxima igual o superior a cinco años de prisión; delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, 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 delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación.

El art. 295 PCPP por su parte permitía las intervenciones para delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y para delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

En el marco legal vigente, el art. 579 LECrim no especifica los delitos susceptibles de ser investigados mediante intervenciones telefónicas. La jurisprudencia del TS ha establecido que una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas solo puede encontrar su justificación,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en el ámbito del proceso penal, cuando lo que se persiga sea un delito grave, en el bien entendido de que no sólo 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, 467/1998, de 3 de abril, 622/1998, de 11 de mayo).

En efecto, la doctrina constitucional no ha identificado automáticamente la exigencia de la gravedad del delito -como base de la proporcionalidad de la injerencia- con la clasificación y calificación que se desprende de los arts. 13 y 33 CP, sino que viene proclamando que las intervenciones telefónicas respetan el principio de proporcionalidad cuando su finalidad es la investigación de una "infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo" (STC nº 166/1999, de 27 de septiembre), de modo que la gravedad de la "infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla" (STC nº 299/2000, de 11 de diciembre); y ha admitido que un elemento a valorar de cara a considerar concurrente la proporción es el de que sean organizaciones complejas las que se dediquen a la comisión del delito "por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan (SSTC nº 14/2001, de 29 de enero; 202/2001, de 15 de octubre; 82/2002, de 22 de abril); y asimismo ha destacado, por ejemplo en la STC nº 104/2006, que "la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, a efectos de legitimar el recurso a la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito" en referencia a un supuesto de un delito relativo a la propiedad intelectual, confirmando el criterio ya anticipado en la STC nº 167/2002.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La previsión del art. 588 bis b 4º (*delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación*) es muy acertada y de hecho, viene a coincidir con la afirmación contenida en la STC nº 104/2006: “en definitiva, en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución”. Debe tenerse especialmente presente que los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías, difícilmente pueden investigarse a través de otros medios.

La interceptación de las comunicaciones, y en particular las telemáticas, puede ser en ocasiones la única vía de investigación criminal de los ilícitos que se cometen a través de la red. Por ello es bueno que estas conductas se incluyan, sin límite penológico alguno, entre los delitos que permiten la utilización de dicha técnica de investigación. Todo ello sin perjuicio de que en cada caso haya de valorarse la procedencia concreta de la medida.

Sin embargo, ha de ser consciente el Prelegislador que al establecer como regla residual la de que los delitos estén castigados con penas que puedan alcanzar los tres años quedan fuera delitos castigados con penas no privativas de libertad de especial relevancia social, como serían los delitos de prevaricación (art. 404 inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años) y tráfico de influencias (art. 428 CP penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Quizás pudiera, como regla general, recogerse un supuesto habilitador más omnicomprendivo y flexible, que permitiera ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, además de los supuestos habilitadores especiales.

El peligro de seguir el sistema del listado de delitos es que siempre quedarán fuera supuestos en los que la diligencia esté plenamente justificada. Utilizando los parámetros propios del Tribunal Constitucional, se sugiere añadir un párrafo con la siguiente fórmula: *5º Delitos para los que conforme al principio de proporcionalidad y en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo, resulte justificada la diligencia.*

Subsidiariamente, debiera ampliarse el listado de delitos específicos, al modo del Anteproyecto de 2011, fundamentalmente en lo relativo a los delitos relacionados con la corrupción .

5.13.3 Ámbito.

Conforme al apartado primero del art. 588 bis c. *la intervención judicialmente acordada autorizará el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, incluyendo los demás que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una llamada, en los que participe el sujeto pasivo, ya sea como emisor o, como receptor, y podrá afectar al terminal o terminales de los que el sospechoso sea titular o usuario.*

A los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados, todos aquellos que se generan como consecuencia de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, o de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga.

Dispone el apartado segundo que *podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que exista constancia de que el sujeto pasivo se sirve de aquélla para transmitir o recibir información o de que el titular colabora con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficia de su actividad.*

Se considera muy acertada la previsión de que la medida *podrá afectar al terminal o terminales de los que el sospechoso sea titular o usuario*. Con ello queda claro que no es necesario que el terminal esté a nombre o sea propiedad del encausado, cuestión ésta cuya indeterminación había generado dudas. La STS nº 84/2010, de 18 de febrero aclaró que en caso de que el sujeto investigado emplee un teléfono del que no es titular, la autorización judicial concedida puede estar justificada por el hecho del uso, no siendo atendible la alegación por parte del investigado de la supuesta lesión de derecho perteneciente al titular cuando, con respecto a éste, no se haya autorizado la observación.

Consideramos que debieran preverse otras posibilidades habilitadoras de la intervención: la intervención de terminales de terceras personas, incluso víctimas del delito, personas del ámbito familiar o cercano del investigado, tengan o no relación con el delito o se beneficien de él, cuando esta intervención sea necesaria para conocer la forma de comisión del delito, las personas que pudieran ser autoras de los mismos o se pretenda tener noticia del paradero del encartado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

De igual forma debiera preverse la intervención de terminales situados en cibercafés o terminales de uso público.

Se estima muy positivo que el Anteproyecto proporcione un concepto de lo que ha de entenderse por datos de tráfico, ya que ello contribuye a reforzar la seguridad jurídica en este ámbito. Al respecto ha de indicarse que hasta el momento presente la definición de este concepto -sin perjuicio de la relación de datos de tráfico que contiene el artículo 3 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre- había que buscarla en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprobó el reglamento sobre las condiciones de la prestación de servicios de comunicación electrónica, el servicio universal y la protección de los usuarios, texto a través del cual se transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2002/58/CE.

El precepto analizado incluye un último párrafo que dispone que *también podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros, sin conocimiento de su titular, por vía telemática*. Merece de nuevo un juicio positivo esta previsión, pues la expresa previsión pone fin a las dudas que estos supuestos habían generado, asumiéndose la interpretación seguida por el Tribunal Supremo (vid. SSTS nº 23/2007, de 23 de enero y 745/2010, de 26 de julio).

5.13.4 Solicitud de autorización judicial.

5.13.4.1 Regla general

El art 588 bis d regula adecuadamente los contenidos que ha de tener la solicitud del Fiscal o de la Policía Judicial. Se sigue sustancialmente el art. 297 PCPP. Se añade como contenido *la exposición detallada de las razones que justifiquen la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia, y ello parece adecuado

Debiera expresamente establecerse que el Juez Instrucción puede de oficio acordar la diligencia de investigación. El texto prelegislativo unas veces utiliza el verbo “acordará” y otras “autorizará”. Lo normal es que la diligencia le sea interesada por Policía o Fiscal pero debe quedar claro que el Juez puede acordarla por sí.

En el numeral octavo se prevé como una de las menciones de la solicitud *el sujeto obligado que realizará la intervención*. Esta mención no se establecía en el art. 297 PCPP. No se acierta a comprender su significación, sobre todo cuando el numeral 5º comprende a *la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención*. Parece que pudiera referirse a la Compañía prestadora del servicio, pero entendemos que tal extremo no es imprescindible, y por ello, en aras a la simplificación, podría suprimirse.

El apartado segundo del art 588 bis d aborda igualmente otra laguna legal en el texto del vigente art. 579 LECrim, que es el relativo a los extremos a los que debe extenderse la autorización.

Conforme a este apartado *Al efecto previsto por el número 4º del apartado anterior, la solicitud de autorización podrá tener por objeto todos o algunos de los siguientes extremos:*

a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.

c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.

d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.

Por tanto, podrá modularse la extensión de la intervención, de forma que si sólo se precisa grabar el contenido de la comunicación, no se incorporarán a la causa otros extremos. Esta “intervención a la carta” es adecuada y permitiría autorizaciones más respetuosas con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el texto de este apartado segundo casa mal con el del apartado primero del art. 588 bis c que establece que *la intervención judicialmente acordada autorizará el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados.*

Creemos por ello, que debieran armonizarse ambos preceptos, lo que puede hacerse con una simple fórmula, modificando la redacción del art. 588 bis c.: *la intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados.*

5.13.4.2 Regla especial: intervención ordenada por Autoridades no judiciales

El apartado cuarto de este precepto dispone que *en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad, y*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

existan razones fundadas que hagan imprescindible la intervención de comunicaciones, el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, podrá acordar la medida de investigación pertinente, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

El texto vigente limitaba esta posibilidad a supuestos de investigaciones para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes (art. 579.4 LECrim).

El art. 317.3 ALECrin disponía que *en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, la actuación podrá ser autorizada por el Fiscal General del Estado.*

La derogación del régimen general prevista en el vigente art. 579.4 LECrim tiene una cobertura constitucional clara, pues el art. 55.2 CE prevé que *una Ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.*

Al igual que se expuso al analizar la norma equivalente sobre intervención de comunicaciones postales, debe tenerse presente que el art. 18.3 CE establece



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Por tanto, constitucionalmente es admisible la derogación de la garantía de que sólo mediante resolución judicial cabe acordarse intervenciones telefónicas para investigar *bandas armadas o elementos terroristas*.

El texto proyectado amplía esta posibilidad a investigaciones en averiguación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad.

La Exposición de Motivos guarda silencio respecto al fundamento y justificación de tal ampliación. Entendemos que la misma no se ajusta a la Constitución y que por tanto, debe eliminarse del texto prelegislativo.

5.13.5 Resolución judicial

El apartado primero de este precepto establece que *el Juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto*. La iniciativa para la solicitud de la medida o su prorroga (arts 588bis d/ y 588 bis i/) la ostenta tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial. No obstante entendemos, puesto que la diligencia de investigación afecta a derechos fundamentales y está destinada a servir de base a una futura acusación del Ministerio Fiscal, que no debe estar exenta de conocimiento y control por el Fiscal por lo que consideramos que el Juez de instrucción debería, cuando la iniciativa provenga de la Policía, dar audiencia al Fiscal antes resolver. En este sentido el Consejo Fiscal propone se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

modifique el citado apartado estableciendo la obligación del Juez de Instrucción de oír al Ministerio Fiscal antes de autorizar o denegar la medida o su prórroga.

El apartado segundo del art. 588 dispone que *siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el Juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud.*

La previsión del art. 588 bis e apartado segundo es también digna de elogio, pues la práctica pone de manifiesto que en ocasiones el órgano jurisdiccional deniega diligencias por defectos en la solicitud que podrían haber sido perfectamente subsanables. Debería sin embargo en nuestra opinión avanzarse un paso más y establecer la obligatoriedad para el Juez de solicitar ampliación cuando se hubiere incurrido en omisiones o deficiencias subsanables.

Esta atinada solución práctica fue sugerida por el TS (vid. STS nº 926/2007, de 13 de noviembre) e incorporada, *mutatis mutandis*, a la Circular 1/2013.

El apartado tercero del art. 588 bis e especifica los contenidos que debe incorporar la resolución judicial que autorice la interceptación. Con ligeras variaciones incorpora el texto del art. 299 PCPP, en términos que se consideran correctos.

En concreto, es muy positiva la exigencia de que se especifique la extensión de la medida de injerencia, concretando su alcance. Las múltiples funciones y servicios que en la actualidad ofrecen los equipos de telefonía o las distintas herramientas a través de las cuales puede efectuarse una comunicación interpersonal, hacen que tenga especial importancia la concreción por parte de la autoridad judicial del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

alcance de la intervención y la precisión de si la misma se limita a las comunicaciones orales o se hace extensiva a otros tipos de comunicación como mensajes SMS, mensajes de voz, mensajes de correo electrónico, whatsapp etc. Sólo estableciendo con claridad cuál es el alcance de la intervención y los medios, modos o formas de comunicación y restantes aspectos que abarca será posible un control efectivo por parte de la autoridad judicial sobre la forma en que se lleva a efecto la diligencia misma y sobre sus resultados.

5.13.6 Deber de colaboración

Regula el art. 588 bis f. en su apartado primero el deber de colaboración para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones con el Juez, el Ministerio Fiscal y agentes de Policía designados para la práctica de la medida de todos los que “prestan acceso a o servicios de telecomunicaciones o que de cualquier modo contribuyen a facilitarlos”.

La redacción coincide con la previsión del art. 300 PCPP en términos que se consideran adecuados.

El apartado segundo del art. 588 bis f. amplía este deber de colaboración al disponer que *las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado. La desatención a dicho requerimiento dará lugar a la exigencia de responsabilidad por la posible comisión de un delito de desobediencia grave.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La previsión tiene fundamento constitucional, conforme al deber de colaboración previsto en el art. 118 CE y merece una valoración positiva por ser plenamente acorde con lo previsto en el art. 19.4 de la Convención de Budapest sobre Ciberdelincuencia.

Sin embargo, y pese al acierto del precepto, llama la atención la ausencia de cualquier referencia a la obligación de guardar secreto que debiera imponerse a estos mismos sujetos en la medida en que ha de garantizarse que no comuniquen o informen a sus respectivos clientes acerca de los requerimientos de que han sido objeto sobre interceptación de comunicaciones o aportación de información para la investigación judicial. En relación con ello es de interés destacar que la Convención de Budapest se refiere expresamente a este deber de sigilo en sus artículos 20.3 y 21.3 así como en el artículo 16.3 en relación con la conservación específica de datos a la que aludiremos al comentar el artículo siguiente.

De hecho, en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo se anuncia que “se regula el deber de secreto y colaboración de quienes presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o que exploten redes públicas de comunicaciones, los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los demás que intervengan facilitando servicios técnicos de cualquier clase relacionados con la comunicación”.

El párrafo segundo del apartado segundo excluye de este deber de colaboración *al sospechoso o imputado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco, y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.*

Esta especificación, no incluida en la PCPP, es atinada. Resuelve este precepto la cuestión de si puede requerirse al imputado para que aporte las claves de su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

equipo informático, cuando existan sospechas de que pueda albergar elementos de prueba. La opción de eximir al imputado sigue el tratamiento de éste en cuanto a la elaboración de cuerpos de escritura. El art. 391 LECrim en su párrafo tercero permite al Juez ordenar al procesado, pero sin emplear ningún género de coacción, que escriba a su presencia algunas palabras o frases, cuando esta medida la considere útil para desvanecer las dudas que surjan sobre la legitimidad de un escrito que se le atribuya. Si el procesado se negara a realizar el cuerpo de escritura no puede compelérsele física ni moralmente a realizarlo, sin perjuicio de que tal actitud renuente pueda utilizarse como contraindicio a la hora de valorar la autoría del escrito dubitado. Algunos autores hablan incluso de un derecho del imputado a negarse a redactar el cuerpo de escritura. Entendemos por tanto que el imputado puede negarse a facilitar las claves, sin que tal negativa pueda generar más efectos que el de su posible utilización como contraindicio (si la investigación demuestra que el imputado que se negó a aportar las claves tenía contenidos ilícitos en el dispositivo podría inferirse que conocía la existencia de éstos).

Estas disposiciones del apartado segundo del art. 588 bis f., atendiendo a su contenido, parece que debieran ubicarse dentro del capítulo VI dedicado a la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

5.13.7 Control de la medida

El apartado primero del art. 588 bis g. coincide sustancialmente con el apartado primero del art. 301 PCPP. La remisión por separado de la transcripción de los pasajes que se consideren de interés y las grabaciones íntegras realizadas, es una previsión muy positiva, pues manteniendo intactas las garantías de la defensa, permite economizar tiempo y esfuerzo a Juez y Fiscal. La previsión de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

utilización de sistemas de adveración dota de garantías adicionales a la información obtenida.

Llama la atención el contenido del párrafo tercero de este mismo artículo ya que, en sí mismo, resulta incongruente o al menos difícilmente interpretable. El precepto se incluye en el marco de la normativa referente a interceptaciones de comunicaciones acordadas judicialmente, por lo que ha de considerarse que toda la información y datos obtenidos en la diligencia habrán de quedar almacenados en el ordenador central, a disposición de la autoridad judicial, hasta el momento de su destrucción una vez termine el proceso tal y como establece el artículo 588 bis n). A ello se refiere expresamente el apartado 1 del art. 588 bis g., al indicar que desde ese ordenador central se efectuará el "volcado" de la información a los soportes digitales que son remitidos al Juez. Por ello, parece poco razonable la previsión legal de que el secretario judicial o la policía puedan solicitar de los operadores o prestadores de servicios que conserven las grabaciones íntegras, puesto que las mismas ya han de encontrarse almacenadas y protegidas en el ordenador central, y todavía mucho menos se explica que el precepto haga referencia a un plazo de 90 días como periodo máximo de conservación de dicho material cuando lo cierto, y así lo señala el propio artículo 588 bis n), es que estas grabaciones han de conservarse, en todo caso, hasta la finalización del proceso.

La utilización del término "conservación" y la referencia al plazo máximo de 90 días lleva a pensar que el precepto tal vez pretenda una implementación -desde nuestro punto de vista incorrecta- del artículo 16 de la Convención de Budapest sobre el Cibercrimen. Es esa una medida cuya finalidad es asegurar la capacidad de exigir a los operadores de comunicaciones, a los prestadores de servicios de internet, o a cualquier persona física o jurídica, la conservación rápida -*expedited preservation*- de datos informáticos, tanto de tráfico como de contenido, que se encuentren bajo su control, a fin de garantizar que dicha información se encuentre



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

disponible para poder acceder a la misma una vez se obtenga orden judicial para ello.

Esta medida en sí misma no supondría una invasión de derechos fundamentales como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos, dado que su único efecto es la conservación -congelación- de información, relacionada con investigaciones concretas y determinadas, en poder de quien la tiene a su disposición, para evitar que sea destruida o alterada y en tanto se obtiene mandamiento judicial para acceder y conocer los datos conservados. En definitiva esta medida no permite conocer la información sino únicamente evitar que desaparezca o se modifique. De acuerdo con este planteamiento, y dada su naturaleza cautelar, dicha medida se contempla en la Convención de Budapest por un periodo máximo de duración de 90 días.

La Convención de Budapest no establece limitaciones en cuanto a quien pueda ordenar esta medida por lo que se entiende -y así se contempla expresamente en diversos países de nuestro entorno- que dicha orden de conservación puede emanar no sólo de una autoridad judicial sino también de los cuerpos policiales o del Ministerio Fiscal. En ocasiones podrá ser la autoridad judicial quien dicte esta orden pero en otros casos, dependiendo del estado de la investigación y del riesgo de desaparición de la información, será necesario adoptar esta medida a instancia de la propia policía o del Ministerio Fiscal.

Dadas las características de la medida, y su escasa incidencia en derechos fundamentales, no debiera existir obstáculo en nuestro ordenamiento jurídico para permitir que la orden de conservación fuera dictada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la comunicación al Juez en el plazo que se estime conveniente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La orden de conservación de datos puede resultar esencial en las investigaciones relativas a hechos ilícitos cometidos a través de las TIC, dada la vulnerabilidad de las evidencias electrónicas y la posibilidad de que sean destruidas o modificadas bien sea de forma intencional o por procesos automáticos predeterminados. Hay que tener en cuenta que las posibilidades de conservación alcanzan -con carácter cautelar y a los solos efectos anteriormente indicados- a todo tipo de tipo de datos, por cualquier tipo de delito y sea cual sea la entidad o persona física o jurídica que los tenga en su poder. Se trata además de una medida importante en el marco de la cooperación internacional en la lucha contra la Ciberdelincuencia dado que la solicitud de conservación de datos puede provenir de autoridades judiciales o policiales de otros países, a tenor del carácter transnacional de muchas de las actividades ilícitas que se desarrollan en el ciberespacio.

Esta medida, en definitiva, no sólo resulta de gran importancia para la eficacia de las investigaciones nacionales relacionadas con los ciberdelitos sino también para dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, y concretamente a los que se derivan de la ratificación de la Convención de Budapest, por lo que estimamos que es este un buen momento para incluirla en nuestra norma procesal. Su ubicación sistemática, más que en este precepto, habría de llevarse a efecto en el proyectado artículo 588 bis p) en atención a la regulación que se aborda en el mismo.

El art. 422 ALECrim, bajo la rúbrica *orden de retención*, contemplaba expresamente esta posibilidad en los siguientes términos: “sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, el Fiscal podrá ordenar a los operadores y proveedores de servicios de la sociedad de la información que hayan participado en la transmisión de una comunicación, la conservación y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

protección de los datos obtenidos durante el proceso de comunicación hasta que se obtenga la autorización judicial a que se refiere el artículo anterior. A su vez el art 424 ALECrim establecía que “los operadores y proveedores de servicios de la sociedad de la información vendrán obligados a prestar su colaboración en el desarrollo de estas diligencias, así como a mantener en secreto cualquier extremo en relación con las mismas, sin perjuicio de su obligación de declarar como testigos en el procedimiento si fueren citados”.

De hecho, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo explica que “se autoriza a la Policía judicial, en supuestos de urgencia, para dictar órdenes de conservación temporal de datos de tráfico. De este modo, se evitará que tales datos sean cancelados o eliminados en el período de tiempo en que se obtiene la autorización judicial para su cesión (por ejemplo, cuando se pretende acceder a datos de comunicación retenidos únicamente para la facturación del servicio en un establecimiento hotelero; o se trata de los datos de tráfico registrados en el servidor o en los ordenadores de un cibercafé)”. Este anuncio debiera concretarse en el articulado del Anteproyecto.

El apartado cuarto del art 588 bis g. prevé que *cuando los agentes o autoridades que lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo conforme a lo dispuesto en este artículo, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, podrán ampliar el registro a éste, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para éste. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el Juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. En caso de urgencia, la Policía Judicial o el Fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al Juez inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, de la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

Entendemos de nuevo que este apartado está desubicado. Parece que su lugar no está entre las disposiciones reguladoras de la intervención de comunicaciones. Debiera colocarse entre las disposiciones dedicadas a la diligencia de acceso a dispositivos de almacenamiento masivo de información.

5.13.8 Duración.

5.13.8.1 Plazo general

El art. 588 bis h. mantiene la duración general de tres meses prevista en el texto vigente de la LECrim (art. 579.3), en el ALECrím (art. 282) y en la PCPP (art. 302.1) pero introduce como novedad un tope máximo de dos años. La LECrim no establecía plazo máximo, mientras que la PCPP que preveía el plazo máximo de un año.

Entre no establecer un plazo máximo y establecerlo en un año, la opción del Anteproyecto de establecer plazo máximo pero fijándolo con más amplitud parece equilibrada.

Debe ponerse de relieve que la regulación contenida en el texto articulado no responde a lo que se expone en la Memoria de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto: “la medida tendrá una duración máxima de tres meses, pero podrá ser prorrogada hasta un año (dos, si se trata de la investigación de delitos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de terrorismo o cometidos por grupos u organizaciones criminales). Superado este límite de duración, la prórroga de la medida deberá ser autorizada por la Audiencia Provincial”.

5.13.8.2 Solicitud de prórroga

El apartado primero del art. 588 bis i. establece los requisitos de la solicitud de prórroga.

El apartado primero debiera mejorar su redacción. Se dispone que *la solicitud de prórroga se dirigirá por el Fiscal o la Policía Judicial al Juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido.*

Debiera decir *la solicitud de prórroga se dirigirá por el Fiscal o la Policía Judicial al Juez competente con antelación suficiente a la expiración del plazo concedido.*

El contenido de la solicitud es correcto, y coincide con la previsión del art. 303 PCPP. Con el mismo se da cumplimiento a las exigencias de motivación que exigen TC y TS: deben ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente obtenida (SSTC nº 25/2011, de 14 de marzo, 261/2005, de 24 de octubre, y 26/2010, de 27 de abril y SSTS nº 940/2011, de 27 de septiembre; 1044/2011, de 11 de octubre).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado tercero, trasunto de la previsión contenida en el art 303 PCPP, de forma positivamente clarificadora fija el *dies a quo* del cómputo de la prórroga en la fecha de expiración del plazo de la medida acordada. Se fomenta así la práctica, siempre aconsejable, de solicitar la prórroga con antelación.

5.13.9 Secreto

El secreto de las actuaciones se regula en dos preceptos distintos, lo que ya *ab initio* merece un juicio negativo, pues lo racional sería dedicar un único precepto a la materia.

En el apartado tercero del art 588 bis d. se dispone que *la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada, se sustanciarán en una pieza separada y secreta*.

Conforme al proyectado art. 588 bis j. *las intervenciones de comunicaciones se practicarán en secreto, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa*.

Es claro que para que la diligencia de intervención telefónica sea eficaz ha de estar acompañada necesariamente del secreto de las actuaciones, como único medio de soslayar el derecho de todo imputado desde el principio, a intervenir y ejercer el derecho de defensa como concede el art. 118 LECrim (STS nº 182/2004, de 23 de abril).

Debe recordarse que existe una línea jurisprudencial que defiende que la decisión de proceder a unas intervenciones telefónicas lleva implícita la declaración de secreto de las actuaciones por definición y por elementales exigencias de la lógica (SSTS nº 940/2008, de 18 de diciembre, 1090/2005, de 15 de septiembre) pues



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

“sería absurdo avisar a alguien de que se le va a intervenir su teléfono” (STS nº 738/1996, de 11 de octubre). En esta misma línea, la STS nº 704/2009, de 29 de junio declara que como elemento esencial implícito a la misma y presupuesto de su efectividad y utilidad, debe entenderse comprendido el secreto de la diligencia de intervención telefónica, y no sólo por la necesidad inmanente de la propia diligencia, sino porque su notificación le privaría de practicidad a la misma, y uno de los condicionamientos de la medida injerencial es su utilidad, y el juez no puede contradecirse dictando una medida inútil, que por tal razón sería improcedente e inadecuada hasta el punto de arrastrar la nulidad de la misma y un instructor no dicta conscientemente una medida nula. En el mismo sentido se pronuncia la STS nº 1044/2011, de 11 de octubre.

Si el auto de intervención de comunicaciones debe venir acompañado de un auto de declaración de secreto de las actuaciones surgen problemas prácticos a la hora de cohonestar los plazos de una y otra medida pues son distintos los previstos para la intervención telefónica (579.3 LECrim, plazos prorrogables de tres meses) y el secreto (art. 302 LECrim, plazo de un mes). Además en la práctica ocurría que en ocasiones el Juez de Instrucción acordaba la medida de intervención de las comunicaciones y olvidaba declarar el secreto.

Con la previsión expresa de secreto automático se soslayan tales problemas, pues el secreto acompañará inexorablemente a la resolución de intervención.

No obstante, creemos que para evitar posibles problemas, sería preferible emplear una fórmula que suponga la extensión del secreto a todo el procedimiento y no sólo a las actuaciones relativas a la medida. Si el investigado puede acceder a la causa, aunque sea parcialmente, la intervención de las comunicaciones pierde sentido.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se propone por ello la siguiente fórmula: *la decisión de proceder a la intervención de las comunicaciones llevará implícita la declaración de secreto de las actuaciones, hasta tanto finalice la medida.*

Se sugiere igualmente la supresión del apartado tercero del art 588 bis d., que no sólo incurre en reiteración, sino que además es perturbadora, pues de su tenor literal podría inferirse que el secreto sólo abarca la pieza separada en la que se tramita tal declaración.

Debe aplaudirse por tanto la previsión -con las mejoras sugeridas- relativa al secreto, trasunto del art 297.4 PCPP.

Con esta disposición se zanjarían los problemas derivados de la necesidad en el régimen vigente de acordar por un lado la intervención y por el otro el secreto, cuando es evidente que la diligencia siempre exige el secreto y no tiene sentido sin el secreto.

5.13.10 Cese de la medida de intervención.

Dispone el art. 588 bis k. que *la intervención de las comunicaciones cesará cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron la adopción de la medida o cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.*

Estos dos supuestos de cese se corresponden con los que se preveían en el art. 305.1 PCPP y se estiman correctos, desde la perspectiva de la provisionalidad y proporcionalidad que debe inspirar la regulación de las diligencias de investigación afectantes a derechos fundamentales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.13.11 Acceso de las partes a las grabaciones

Dispone el apartado primero del art. 588 bis l. proyectado que *alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se 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 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.*

En realidad, conforme al art. 588 bis g. del Anteproyecto, en tanto sólo se transcriben los pasajes de interés, estas conversaciones íntimas en ningún caso se transcribirían.

Consideramos más protector para con el derecho a la intimidad el texto del apartado primero del art. 306 PCPP, por lo que proponemos su adopción en el Anteproyecto. Recordemos que dicho precepto establecía que *alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. La copia facilitada no incluirá las comunicaciones referidas únicamente a aspectos de la vida íntima de las personas afectadas. La no inclusión de estas grabaciones en la copia entregada se hará constar de modo expreso, conservando las partes el derecho a verificar la falta de relevancia de las comunicaciones no incluidas mediante el examen de la grabación.*

Con el texto de la PCPP se establecen normas más precisas: las comunicaciones referidas únicamente a aspectos de la vida íntima de las personas afectadas no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

es que no se transcriban, es que ni siquiera se incluyen en la copia de las grabaciones.

Entendemos que el inciso *conservando las partes el derecho a verificar la falta de relevancia de las comunicaciones no incluidas mediante el examen de la grabación* es absolutamente esencial para garantizar el derecho de defensa, evitar desconfianzas y recelos y, en definitiva, reducir la litigiosidad.

El apartado tercero dispone que *se notificará por el Juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible o exija un esfuerzo desproporcionado. 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.*

Este apartado tercero se está refiriendo a personas que no son partes, pues el apartado primero prevé la entrega imperativa a las partes. Entendemos que esta previsión, ya contenida en el art 306.3 PCPP debe suprimirse, pues impone obligaciones desproporcionadas que no se van a poder cumplir. Parece que el propio Prelegislador es consciente de ello cuando exonera de esta obligación cuando *resulte imposible* lo cual es obvio pues *ad impossibilia nemo tenetur* y cuando *exija un esfuerzo desproporcionado*. Para dejar un portillo tan amplio al incumplimiento es preferible prescindir de establecer la obligación, que desde luego hasta la fecha no existía.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Debieran ser suficientes a los fines perseguidos las disposiciones generales de la LOPJ que permiten a cualquier interesado solicitar copia de las actuaciones judiciales no reservadas.

En todo caso, debiera preverse que estas comunicaciones y notificaciones no procederán cuando la causa se siga por delitos de especial gravedad y haya sido archivada provisionalmente, pues en otro caso podrían comprometerse futuras reaperturas.

5.13.12 Utilización de las grabaciones en un proceso distinto

La utilización de las grabaciones en un proceso distinto, supuesto no previsto expresamente en la regulación vigente, ha generado un importante número de recursos.

Puede considerarse asentada, tras iniciales vacilaciones, la jurisprudencia que defiende que "...ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia de los acusados no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos...La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad constitucional de las restricciones de los derechos fundamentales ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre su validez y eficacia jurídicas, con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes a los principios de la buena fe y de la lealtad procesales en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso (SSTS nº 6/2010 de 27 de enero y 406/2010 de de mayo, 326/2009, de 24 de marzo, 1140/2010, de 29 de diciembre y 187/2009 de 3 de marzo).

No obstante, la incorporación de una previsión expresa estableciendo los requisitos para que el resultado de la intervención de las comunicaciones pueda ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal se considera muy conveniente.

El art. 588 bis m. prevé que “el resultado de la intervención de las comunicaciones solo podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, siempre que se trate de un delito respecto del cual podría haberse acordado la medida conforme al artículo 588 bis b”.

Esta previsión es perturbadora y carente de lógica y de fundamentación y puede generar impunidades difícilmente justificables. En efecto, si la intervención se ha llevado a cabo correctamente, si existía fundamento para practicarla, podrá servir de base para investigar cuantos delitos aflorasen en el curso de la misma, sean o no de los comprendidos en el artículo 588 bis b.

Aunque tales delitos no hubieran justificado por sí una intervención de las comunicaciones, si ésta se ha practicado en base a la concurrencia de indicios



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sobre un delito sí susceptible de ser investigado por esta vía, los resultados que arroje son absolutamente conformes a Derecho y por tanto, susceptibles de ser utilizados por el sistema penal.

Esta exigencia para poder utilizar el contenido de la grabación en otro procedimiento, que, repetimos, a nuestro juicio no tiene fundamento, se contenía en el art. 288 ALECrim y posteriormente pasó al art. 307 PCPP.

El art. 588 bis m. establece cómo deben incorporarse las grabaciones en un proceso distinto: se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, incluyendo entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la interceptación de las comunicaciones, la resolución judicial acordándola y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

Esta previsión puede igualmente ahorrar invocaciones de nulidad, ya que la práctica ha puesto de relieve pautas de actuación en las que la incorporación se realizaba sin incluir antecedentes ni resoluciones autorizantes.

Se prevé también, consagrando la jurisprudencia, que la continuación de la intervención de las comunicaciones para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del Juez competente. No obstante, parece que esta disposición no tiene relación directa con el núcleo de lo regulado en este precepto, esto es, los requisitos para que el resultado de la intervención de las comunicaciones puedan ser utilizados como medio de investigación o prueba en otro proceso, por lo que parece más adecuado dedicar un artículo específico para regular este supuesto, como hizo el ALECrim en su art. 279. Debe reconocerse



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sin embargo, que esta técnica legislativa ya se utilizó en el art. 307 PCPP, que también regulaba conjuntamente la utilización de las grabaciones en un proceso distinto y la investigación del delito casualmente descubierto.

5.13.13 Destrucción de los registros

De nuevo se aborda un tema que estando huérfano de tratamiento legislativo, precisaba una regulación.

El apartado primero del art. 588 bis n. dispone que *una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la interceptación, de las que solamente se conservará una copia bajo custodia del Juez de Instrucción.*

Conviene poner de relieve que la custodia no es competencia judicial sino de los Secretarios Judiciales, por ello, y sin perjuicio de que la conservación se realice en la sede del órgano judicial que proceda, la custodia corresponde al secretario Judicial.

La previsión es acorde con la jurisprudencia del TS: “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).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado segundo dispone que *se acordará la destrucción de las copias en poder del Juez de Instrucción cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito.*

La versión contenida en el art. 308 PCPP planteaba problemas de indeterminación en el custodio (se hacía referencia al Fiscal o Tribunal, sin mayor concreción) lo que podía generar confusión y, en definitiva desorden.

La versión del Anteproyecto objeto de informe puede igualmente plantear problemas: se refiere a que *solamente se conservará una copia bajo custodia del Juez de Instrucción* y a que *se procederá a la destrucción de las copias en poder del Juez de Instrucción*. Las grabaciones deben remitirse al órgano de enjuiciamiento, por lo que parece más adecuado prever que tales copias se conserven por el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, que son los competentes para tramitar la ejecutoria y que por tanto, habitualmente serían los custodios de tales grabaciones.

Parece por ello conveniente dar la siguiente redacción al apartado primero *una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la interceptación, de las que solamente se conservará una copia bajo custodia del Secretario Judicial del órgano de enjuiciamiento.*

El apartado segundo quedaría así: *se acordará la destrucción de las copias en poder de la autoridad judicial por el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito.* Esta redacción simplifica la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cuestión: la competencia para acordar la destrucción se asigna a quien naturalmente debe resolver los incidentes de la ejecución, ya tenga en su poder las copias (supuesto ordinario) ya éstas hubieran quedado, por cualquier motivo en poder del Juez de Instrucción (supuesto extraordinario).

5.13.14 Secreto profesional.

El TEDH sólo admite la intervención de las comunicaciones de un interno con su letrado en casos extraordinarios, cuando existen indicios claros y cualificados de indicios de delito contra el abogado (SSTEDH de 25 de marzo de 1992, Campbell contra Reino Unido, y de 22 de abril de 2010, Radkov contra Bulgaria). La confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su letrado defensor se configura en la jurisprudencia del TEDH como elemento esencial (SSTEDH de 13 de marzo de 2007, Castravet contra Moldavia; y de 20 de junio de 2000, Foxley contra Reino Unido).

El art. 9.3 de las Reglas Mínimas para el trato de los detenidos, anexas a la Resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa considera que la garantía de privacidad de las entrevistas entre un interno y su letrado es básica para el derecho de defensa.

Debe destacarse la STEDH de 5 de octubre de 2006, Marcello Viola contra Italia, en la que expresamente se declara que el derecho del acusado de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad (*si un avocat ne pouvait s'entretenir avec son client*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité).

Aunque una interpretación teleológica, sistemática y conforme a la Constitución de las disposiciones legales dispersas de nuestro ordenamiento ha de desembocar en que como principio general no es lícito intervenir estas comunicaciones, lo cierto es que la LECrim no incorpora una prohibición expresa de intervención de las comunicaciones en las que participa el Letrado en el desarrollo de su labor de defensa jurídica, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno cultural (art. 100.7 CPP francés, art. 97 StPO alemán, art 103 CPP italiano).

En este contexto se valora positivamente la previsión del art. 588 bis o. apartado primero, que dispone que *en ningún caso la intervención de las comunicaciones prevista en los artículos anteriores, podrá incluir las que mantenga la persona investigada, detenida o en prisión con quienes estén legalmente obligados a mantener el secreto profesional, salvo que éstos se hallen también encausados por los hechos investigados en la causa o por hechos conexos y exista autorización judicial.*

No obstante, debe recordarse que el art. 51.2 LOGP dispone *que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.*

En tanto se estima que este supuesto debiera mantenerse y que no está abarcado por la previsión del art. 588 bis o. apartado primero, a fin de evitar que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

pueda entenderse tácitamente derogado, se sugiere que se añada al final el siguiente inciso: *sin perjuicio de lo previsto en el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

La excepción a la prohibición (*salvo que éstos se hallen también encausados por los hechos investigados en la causa o por hechos conexos y exista autorización judicial*) es admitida por el TEDH.

También, entendemos, se regula adecuadamente el apartado segundo los supuestos en los que la escucha tiene lugar accidentalmente: *si accidentalmente en la práctica de cualquiera de las medidas reguladas en esta Sección se obtuviera información protegida por el secreto profesional será excluida de la causa y carecerá de efectos.*

5.13.15 Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados

5.13.15.1 Necesidad de autorización judicial

En el marco jurídico vigente, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho delictivo que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras a los que se refiere la Ley 25/2007, afecten o no al secreto de las comunicaciones, exigirá autorización del Juez de Instrucción.

El art. 588 bis p. apartado primero dispone que *los datos electrónicos conservados por los operadores en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación sobre telecomunicaciones y por la relativa a los prestadores de*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

servicios de la sociedad de la información que hayan sido tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

El Prelegislador en el Anteproyecto objeto de informe opta por mantener el sistema instaurado por la Ley 25/2007, consistente en exigir en todo caso autorización judicial. El mismo se adecúa a la doctrina sentada por la sentencia del TJUE de 8 de abril de 2014 sobre la Directiva 2006/24/CE que aboga por el control judicial de dicha cesión a fin de garantizar adecuadamente los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos.

5.13.15.2 Ámbito

La regulación de la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados la Ley 25/2007 introdujo confusión al restringir la posibilidad de cesión a la averiguación de delitos graves. Una interpretación *ad pedem litterae*, conforme al concepto de delito grave contenido en el art. 33 CP dejaba impunes por imposibilidad de ser investigados múltiples delitos cometidos por Internet o telefonía.

En el apartado segundo del art. 588 bis p. se establece que *cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b, se solicitará del Juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los operadores o prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precise la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El Prelegislador asume la opción contenida en el art. 295 PCPP.

Ha de valorarse positivamente que el Anteproyecto, separándose del criterio establecido en la Ley 25/2007 amplíe ahora su ámbito.

Sin embargo, entendemos que la ampliación debiera ser aún mayor. No se considera equiparable esta diligencia a la de interceptación de comunicaciones. Partiendo de que esta diligencia es mucho menos invasiva que la interceptación de comunicaciones telefónicas, las restricciones objetivas no deben ser equiparadas a las previstas para éstas.

Las limitaciones deben derivar del principio de proporcionalidad, sobre la base de que la inmisión que la diligencia produce en la esfera de derechos del ciudadano en estos casos es menor y, consiguientemente, las limitaciones debieran ser menores. Entendemos que es suficiente la concurrencia de indicios de haberse cometido un delito (cualquiera que sea), cuando tal diligencia pudiera coadyuvar a su averiguación, siempre respetando el principio de proporcionalidad.

En último término, y en relación con este precepto, reiteramos que debe incorporarse a nuestra Legislación la medida de conservación rápida de datos a que se refiere el artículo 16 de la Convención de Budapest. Dando por reproducidas las reflexiones efectuadas al comentar el artículo 588 bis g) párrafo 3, estimamos que es ésta la ubicación sistemática adecuada para incorporar esta medida en nuestra legislación procesal ya que la misma alcanza a todo tipo de datos informáticos susceptibles de ser recopilados o almacenados por los operadores o proveedores de servicio y no solo a los directamente relacionados con las comunicaciones telefónicas o telemáticas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.13.15.3 Medidas especiales

Al analizar la cesión de datos de tráfico de las comunicaciones, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo anuncia que “como supuesto excepcional, se prevé la posibilidad de que se autorice, cuando se trate de hechos de especial gravedad y no se disponga de otros medios o ello genere graves dificultades a la investigación, que la medida pueda ser llevada a cabo mediante una delimitación espacio-temporal de la conexión, y sin que se concrete el sistema de comunicación utilizado (así, por ejemplo, los supuestos de conexiones desde puntos abiertos de comunicación -una red wifi abierta- cuando se conoce el momento y lugar de la conexión, pero no se puede determinar cuál es el sistema de comunicación que se utiliza)”.

Salvo error, el texto articulado no recoge este supuesto.

5.13.16 Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad

5.13.16.1 identificación mediante número IP

Como ya expusiera la Circular 1/2013 los rastreos policiales para localizar direcciones IP pueden... realizarse sin necesidad de autorización judicial, ya que no se trata de datos confidenciales preservados del conocimiento público.

El art. 588 bis q. aborda la regulación de la identificación mediante número IP. Dispone el precepto que *cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de Policía tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b y no constara la localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del Juez de instrucción que requiera de la operadora la cesión de los datos que permitan la localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

De nuevo deben formularse los reparos planteados al art. 588 bis p. Se peca de un hipergarantismo injustificado cuando se limita la posibilidad de solicitar los datos de identificación personal del usuario exclusivamente a los supuestos en los que cabe autorizar intervenciones de comunicaciones. Se trata de una diligencia cuya lesividad en sí es mínima, por lo que la limitación de las posibilidades de investigar carece de fundamento.

Incluso se ha defendido que el Fiscal pueda acceder a la identificación del titular por medio de la IP sin necesidad de autorización judicial. La identificación del titular no afecta al secreto de las comunicaciones por lo que la necesidad de autorización judicial no deriva de la Constitución, sino que hasta la fecha sólo venía impuesta por la Ley 25/2007 de 18 de octubre de conservación de Datos.

La opción del Prelegislador de mantener la exigencia de autorización judicial para la identificación del titular por medio de la IP es legítima. No obstante el Consejo Fiscal considera que dado que el grado de ingerencia en el derecho a la intimidad es mínimo, que excede de las exigencias de la Ley de Protección de Datos y que dificulta las actuaciones policiales y del Fiscal, no debería exigirse dicha autorización judicial para obtener de las operadoras datos de identidad asociados a las comunicaciones.

Por otro lado la opción de restricción en función del tipo de delito investigado, entendemos no está justificada.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se propone la siguiente redacción del art. 588 bis q: cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos los agentes de Policía tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de un delito y no constara la localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán de la operadora la cesión de los datos que permitan la localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso. El Juez de instrucción podrá acordar dicho requerimiento siempre que en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del delito investigado, pueda considerarse conforme al principio de proporcionalidad.

5.13.16.2 Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes

Tanto el IMEI como el IMSI designan un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil y carecen de capacidad de información sobre la identidad del usuario, teniendo valor probatorio únicamente si se asocia a otros datos en poder de las operadoras. Ni el IMSI, ni el IMEI por sí solos, son datos integrables en el concepto de comunicación. El TS tiene declarada la legitimidad de que sea la propia Policía la que los obtenga 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 nº 1115/2011, de 17 de noviembre, 79/2011, de 15 de febrero; 249/2008, de 20 de mayo; 776/2008, de 18 de noviembre).

Sin embargo, no puede la Policía solicitar tal información de las operadoras. La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de *Conservación de Datos de las Comunicaciones*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Electrónicas, incluye en el art. 3.1 dentro de su ámbito de aplicación los datos IMSI e IMEI para cuya cesión resulta exigible la misma regla impuesta para el resto de los datos a los que se refiere, esto es, la preceptiva autorización judicial. En estos casos con el marco jurídico vigente habrá de solicitarse mandamiento judicial. Es precisa, pues, autorización judicial para la cesión del IMSI y del IMEI por las operadoras, no porque se integren dentro del arco protector del secreto de las comunicaciones sino porque la Ley 25/2007, de 18 de octubre así lo exige.

La información incorporada a la numeración IMSI es, sin duda alguna, un dato, en los términos de la legislación llamada a proteger la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática (art. 18.4 de la CE).

Conforme a la jurisprudencia del TS hasta la fecha “así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia” (STS nº 249/2008, de 20 de mayo).

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



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La autorización a la Policía Judicial para poder por sí acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI es correcta, teniendo en cuenta la naturaleza de estos datos y la expresa previsión legal dota de seguridad jurídica y de certeza.

Lo que en nuestra opinión no es correcto es vincular esta diligencia de captación de estos códigos a “una investigación por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b” y a que el número de abonado “resulte indispensable para recabar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones”.

Puede necesitarse los códigos para investigar otros delitos y pueden necesitarse no para solicitar después una interceptación de comunicaciones sino para otros fines.

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

El Tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis e.”

Para que la identificación del IMSI o del IMEI pueda ser utilizada en la investigación es preciso que esa clave alfanumérica se ponga en relación con otros datos que obran en poder de los operadores de comunicaciones, porque



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sólo así es posible averiguar el número comercial de abonado y la identidad del usuario. Y para obtener esa información complementaria la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo autorización judicial, porque ello sí que puede afectar a derechos fundamentales de la persona. Este mismo es el criterio en el que se sustenta en la Ley 25/2007, que exige autorización judicial para recabar esa información de los operadores de telefonía y el que sostiene el Prelegislador en otros preceptos de este mismo Anteproyecto como el anteriormente citado 588 bis q) o el 588 bis p).

Por ello llama la atención que el texto propuesto para este precepto omita referencia alguna este último extremo. Ciertamente se refiere a la necesidad de solicitar del Juez la intervención de comunicaciones una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, pero nada dice el artículo que estamos examinando sobre el paso previo consistente en recabar de los operadores de comunicaciones la información complementaria que va a permitir posteriormente solicitar y llevar a efecto la intervención de la comunicación una vez identificado el terminal, el número de abonado y/o su titular. A fin de evitar errores en la interpretación del precepto se considera conveniente una mayor precisión en relación con estos extremos.

Reiteramos que no es correcto circunscribir la potestad de la Policía para utilizar los “artificios técnicos” que captan IMSI, IMEI o cualquier otro código de identificación del aparato o de cualquiera de sus componentes, a los supuestos en que posteriormente se vaya a solicitar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones. Y ello porque en muchos casos para culminar una investigación en curso no será precisa la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas. Bastará con el paso intermedio apuntado -recabar de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

los operadores de comunicaciones, previa autorización judicial, la información complementaria de que se viene hablando- para poder proseguir las indagaciones e incluso para determinar indiciariamente la autoría de un ilícito.

En todo caso de nuevo la asimilación a las intervenciones de comunicaciones a efectos de limitar la posibilidad de autorización en función del tipo de delito no está justificada. Esta exigencia es excesiva y puede suponer una limitación innecesaria a las posibilidades de actuación tanto del Ministerio Fiscal como de la Policía. Debiera permitirse solicitar la identificación del terminal, el número de abonado y/o su titular en la investigación de cualquier delito.

Debe por tanto, y de acuerdo con las pautas expuestas darse una nueva redacción al precepto comentado.

5.14 Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

5.14.1 Marco general

El Anteproyecto crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo IV sobre *captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*.

Con carácter previo debe valorarse positivamente que por fin se aborde dotar de un marco legal a esta diligencia. La grabación de las conversaciones privadas entre dos o más personas a través de micrófonos ocultos o de micrófonos direccionales no ha sido expresamente prevista por la LECrim.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El TS admitió la colocación de aparatos de escucha y grabación de conversaciones directas (STS nº 513/2010, de 2 de junio, 173/1998, de 10 febrero). También lo hizo la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013.

Tras la STC de 22 de septiembre de 2014 que declara la nulidad de una diligencia de este tipo realizada en celda de detenidos, por falta de marco legal, tal regulación es imprescindible, inaplazable y urgente.

Conforme al apartado primero del art. 588 ter a “podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por la persona investigada, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado”.

El apartado segundo dispone que “la medida deberá ser autorizada por el Juez competente, a petición del Fiscal o la Policía Judicial, mediante resolución motivada que habrá de sujetarse a los principios a que se refiere el artículo 588 bis a.

Al igual que señalábamos en el apartado 5.13.4.1 a propósito del análisis de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas debería expresamente establecerse que el Juez de instrucción puede de oficio acordar la diligencia de investigación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares”.

Ambas previsiones parecen correctas.

Creemos que -como se contemplara en el ALECrim- debiera introducirse un apartado adicional del siguiente tenor *la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde.*

5.14.2 Presupuestos.

El apartado primero del art. 588 ter b. dispone 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 sujeto pasivo con otras personas y sobre cuya previsible realidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación.*

El apartado segundo exige los siguientes requisitos para poder autorizar una medida de este tipo:

a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de delito cometido en el seno de organizaciones criminales, delito de terrorismo, delito contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

Tratándose de intervención de comunicaciones, el artículo 588 bis b), se circunscribe a los delitos castigados con penas que tengan un límite máximo de, al menos, tres años de prisión, los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, delitos de terrorismo y los cometidos a través de instrumentos informáticos.

Se establece, por tanto, una distinción entre ambos supuestos para la que no parece haber ninguna justificación, ya que entendemos que la intromisión en los derechos fundamentales en ambos supuestos (el secreto de las comunicaciones en el artículo 588 bis b) y la intimidad en el artículo 588 ter b), puede considerarse igual de grave y, en consecuencia, la autorización para dicha intromisión, debe partir de unos mismos requisitos o presupuestos.

En consecuencia, proponemos que entre los supuestos que el art 588 ter b) establece como presupuestos para la adopción de medidas de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, se incluya también la referencia a delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

La fórmula acotada pero flexible “otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad” resulta adecuada pero debiera precisarse más, al menos con una remisión a los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad en función de la naturaleza, gravedad y características del hecho investigado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La Circular 1/2013 exigía “auto debidamente motivado y ajustado a las prescripciones del principio de proporcionalidad” y consideraba que “la utilización de este recurso investigativo habrá de reservarse para supuestos en los que sea imprescindible la diligencia por carecerse de otras posibilidades cuando además los hechos que motivan las pesquisas sean graves”.

El apartado tercero dispone que *la captación y grabación de las conversaciones del sujeto pasivo podrá ser acordada aunque afecte inevitablemente a terceros*. Entendemos que tal previsión no es necesaria pues la afectación a terceros es, como sucede con la interceptación de comunicaciones, siempre inevitable. Más valdría prever un tratamiento especial respecto de las conversaciones grabadas sobre aspectos íntimos irrelevantes para la causa, como se hace respecto de las intervenciones de comunicaciones.

Quizás sería conveniente introducir algún tipo de cautela, como lo hiciera la Circular 1/2013, que estableció con cita de las SSTEDH de 12 de mayo de 2000 Khan contra Reino Unido y 25 de septiembre de 2001 P. G. y J. H. contra Reino Unido que “no sería lícita por contraria al derecho a no confesarse culpable, la utilización de un compañero de celda en connivencia con la policía para provocar la confesión y grabarla”

5.14.3 Contenido de la resolución judicial

El art. 588 ter c. se dedica a establecer el contenido de la resolución motivada mediante la que el Juez de instrucción concede la autorización. Su detallado desglose de parámetros es adecuado y facilitará el respeto al principio de proporcionalidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Entendemos no obstante que debería modificarse lo previsto en la letra e) (la adopción del secreto de las investigaciones). Esta previsión es perturbadora.

Lo que debiera preverse en un apartado autónomo -como se hace con la regulación de la intervención de comunicaciones y en el acceso remoto a ordenadores- es que la adopción de la diligencia implicará el secreto de las actuaciones. Se propone por tanto suprimir la letra e) e introducir un nuevo apartado con el siguiente contenido: *la decisión de proceder a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos llevará implícita la declaración de secreto de las actuaciones, hasta tanto finalice la medida.*

5.14.4 Secreto profesional

El art. 588 ter d. establece una cautela semejante a la prevista para la diligencia de intervención de comunicaciones para en todo caso salvaguardar el secreto profesional, en términos que se estiman adecuados y conformes con la jurisprudencia del TEDH.

5.14.5 Ejecución de la medida y control judicial.

El art. 588 ter f. aborda la ejecución de la medida y el control judicial en términos que se estiman adecuados.

5.14.6 Cese.

Conforme al art. 588 ter g. la autorización otorgada deberá ser dejada sin efecto cuando desaparezcan las concretas razones que la motivaron. La grabación de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos, exigirán una nueva autorización judicial.

La previsión es adecuada desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

5.14.7 Comunicación a los interesados y reglas de conservación y destrucción

El art. 588 ter h. se remite a la regulación en materia de interceptación de las telecomunicaciones a efectos de grabación y transcripción de las conversaciones, su conservación y destrucción, la comunicación a los interesados, así como respecto de la posibilidad de ser utilizadas en otro procedimiento.

Esta cláusula de supletoriedad se estima muy adecuada a efectos de grabación y transcripción de las conversaciones, su conservación y destrucción.

Sin embargo, en relación con la comunicación a los interesados, debemos reproducir las reservas reseñadas al analizar esta cuestión *supra*.

En relación con las limitaciones respecto de la posibilidad de ser utilizadas en otro procedimiento, creemos que carecen de fundamento lógico, por las razones ya expuestas respecto a los resultados de la intervención de las comunicaciones. Lo que debe estar vedado es utilizar estas técnicas de investigación invasivas para hechos de escasa entidad. Pero si se utilizan correctamente para investigar hechos de entidad, y en el curso de esa investigación se descubren hechos de escasa entidad la actuación debe considerarse plenamente correcta y por tanto, lo en ella averiguado debe poder ser utilizado sin restricciones. En definitiva, pues,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

se ha tenido conocimiento de hechos penalmente relevantes en el curso de actuaciones de investigación practicadas conforme a Derecho y ello supone que en ningún caso pueden los órganos del Estado actuar como si no hubieran tenido conocimiento de tales hechos.

5.15 Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen

Se crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo V, que abarca los arts. 588 quáter a y siguientes.

En relación con la captación de imágenes en lugares públicos, nada hay que objetar a que por la Policía Judicial se pueda proceder a captar y grabar imágenes en un espacio público. La regulación propuesta no choca con lo previsto en los apartados 1.º, 2.º y 4.º del art. 18 CE, la LO 1/1982, de 5 de mayo, *de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* y la LO 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*. Por otra parte, la instalación y uso de videocámaras de seguridad por parte de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ya está regulada por la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, desarrollada por el RD 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la LO 4/1997, de 4 de agosto. Estableciendo para ello una severa prohibición de "...tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el art. 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada". Hasta tal punto llega tal



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

prohibición, que se establece que el destino natural de aquellas imágenes y sonidos que se grabaran de forma accidental sobre tales ámbitos no podría ser otro que el de su inmediata destrucción por quien tenga la responsabilidad de su custodia.

Para este tipo de intromisiones de mucha mayor intensidad en la esfera de derechos de los ciudadanos, sería en todo caso preciso una resolución judicial motivada, conforme a lo expuesto en el epígrafe 5.14 del presente informe.

En cuanto a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, partimos de que son dispositivos que permiten fijar a una persona en el espacio pero que no reproducen la imagen y el sonido (balizas y GPS). Así se desprende de la Exposición de Motivos que señala que estos dispositivos afectan al conocimiento de la ubicación espacial de la persona, y la incidencia que ello puede tener en la esfera de su intimidad.

La regulación está plenamente justificada en tanto que hoy en día, está generalizado el uso de balizas de geoposicionamiento por parte de la Policía Judicial como medio más eficaz y eficiente para llevar a cabo el seguimiento de personas investigadas. Lo que hace unos años suponía el empleo de varios funcionarios realizando labores de seguimientos de veinticuatro horas detrás de un sospechoso, hoy en día lo lleva a cabo un dispositivo electrónico que, no solo permite al Estado un importante ahorro de costes, sino que ofrece una precisión y seguridad infinitamente mayor que el impreciso y subjetivo parecer de un ser humano.

El precepto subordina la utilización de esta técnica investigadora a la previa autorización judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Es cierto que la STS de 18 de diciembre de 2008 ha declarado que vulnera el derecho a la intimidad conocer el lugar en el que el comunicante se encuentra si la colocación de una baliza se prolonga en el tiempo y no es un hecho puntual. También la STEDH de 2 de septiembre 2010, Uzún contra Alemania, considera que el uso de estas técnicas de investigación puede suponer una intromisión en la vida privada del investigado que, en determinados casos, puede llegar a vulnerar el artículo 8 CEDH.

Ahora bien, el TEDH modula el uso de esta técnica de investigación y considera que no tiene el mismo carácter invasivo que en la intimidad pueden tener otro tipo de diligencias (por ejemplo, intervenciones telefónicas o escuchas ambientales). Tal consideración se hace sobre la norma procesal alemana que permite que sea el Fiscal el que pueda autorizar la colocación de tales dispositivos por un tiempo inferior a un mes sin necesidad de autorización judicial, sin perjuicio del posterior control de legalidad judicial, y para el caso de sobrepasar ese período de tiempo, deberá ser el Juez quien lo autorice, regulación que lleva al TEDH a considerar *que la revisión judicial posterior de la vigilancia de una persona por GPS proporciona suficiente protección contra la arbitrariedad.*

Parece que el Anteproyecto pretende ser más garantista que la anterior doctrina jurisprudencial al señalar la Exposición de Motivos que el régimen de autorización que regula el art. 588 quarter b) viene condicionado por la incidencia en la intimidad y el derecho de la persona a que los poderes públicos no lo ubiquen espacialmente. Semejante justificación tiene ciertos peligros, ya que de la misma manera se podría argumentar que se precisa autorización judicial para la vigilancia directa que pueda realizar la Policía Judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La razón del empleo de los dispositivos técnicos en la localización es meramente utilitaria, justificándose por razones financieras y de eficacia de personal. Implica un importante ahorro financiero en costes de personal y permite a los agentes, en lugar de seguir al sospechoso a todas horas, desarrollar otras acciones investigadoras. Como se ha expuesto doctrinalmente “Lo que antes eran vigilancias personales físicas y presenciales que exigían ingentes cantidades de efectivos personales, turnos e infraestructura para realizarse, ahora lo hacen sin apenas contacto físico y con fácil disimulación”.

La incidencia en el estatuto constitucional del seguido en la vigilancia policial directa y por medio de dispositivos técnicos es la misma. En ambos casos queda afectado nuclearmente el derecho del interesado a que no se sepa donde ha estado y está actualmente. Más aún, el seguimiento policial directo es más gravoso que cuando se utilizan dispositivos técnicos como el GPS o las balizas que no suponen la reproducción de la imagen ya que, en la vigilancia directa, además del derecho del interesado a mantener en el ámbito reservado su localización especial también se restringe el derecho a ubicar también en esta esfera íntima con quien habla o donde entra el interesado.

Conociendo los precisos lugares donde entra puede saberse sus gustos, necesidades, aficiones o a que dedica su tiempo. A ello se añade que por medio de la vigilancia policial directa se puede tomar imágenes y grabaciones, lo que no cabe hacer con el GPS o la baliza.

Por otra parte, se ha de tener presente que la baliza, normalmente, no puede determinar en todo momento la ubicación exacta de la persona investigada.

Como se ha indicado, la STS de 19 de diciembre de 2008 respecto al empleo del GPS considera que sí podría vulnerar la intimidad si permitiera *conocer el lugar*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, como en este caso la ubicación sólo pudo concretarse con una aproximación de varios cientos de metros -que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal-, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia, y la STS de 11 de julio de 2008 expone que puede llegar a afectar el derecho a la intimidad de manera relevante para anular prueba (art. 11.1 LOPJ) si se determina la ubicación del investigado de forma exacta y en todo momento, mediante artificio técnico. Por ello compartimos la conclusión doctrinal de que todo depende en principio del grado de precisión del concreto sistema de localización usado (los normales se posicionan por referencia a la estación repetidora, lo que los hace imprecisos).

Es por ello que, casando este criterio jurisprudencial con el fijado por el TEDH que considera suficiente garantía la revisión judicial de la colocación de balizas cuando sea por un corto período de tiempo -entendiendo por tal, el espacio temporal inferior al mes-, parece razonable que en tales casos pueda la Policía Judicial proceder a su colocación sin precisar la previa autorización judicial, siempre y cuando se trate de dispositivos técnicos de seguimiento y localización que no permiten fijar con total exactitud la posición de la persona en el espacio.

El Anteproyecto establece una duración máxima de la medida de tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres meses. Debe repararse en que una diligencia mucho más invasiva como es la de intervención telefónica puede durar hasta dos años. No alcanzamos a comprender el sentido de esta mayor limitación temporal. Propugnamos en consecuencia que el plazo de duración máxima de la medida alcance al menos a los dos años.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.16 Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

5.16.1 Introducción

Para regular esta diligencia, hasta la fecha huérfana de regulación, se crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo VI. La decisión de establecer disposiciones específicas para esta materia no puede sino valorarse muy positivamente.

El Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia establece en el apartado primero de su art. 19 que *cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a registrar o a tener acceso de una forma similar:*

- a) A un sistema informático o a una parte del mismo, así como a los datos informáticos almacenados en el mismo; y*
- b) a un medio de almacenamiento de datos informáticos en el que puedan almacenarse datos informáticos, en su territorio .*

El Tribunal Constitucional, específicamente en relación con el acceso a ordenadores, ha acotado los derechos en juego: “si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados...están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc.” (STC nº 173/2011, de 7 de noviembre).

Eventualmente, no necesariamente, puede quedar afectado el secreto de las comunicaciones si se accede a procesos comunicativos o a los resultados de procesos comunicativos.

En este sentido se pronuncia la Circular 1/2013: “se ha puesto de manifiesto que, a pesar de las múltiples funciones tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros a través de Internet que posee un ordenador personal, el acceso a su contenido podrá afectar bien al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), bien al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) en función de si lo que resulta desvelado a terceros son, respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación... Lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 18.1 y 18.3 CE no es el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada ni el hecho, de que la agenda sea una aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede”.

Frente a los esfuerzos por diferenciar los derechos fundamentales afectados en función de la naturaleza de cada uno de los contenidos albergados en un ordenador, la STS nº 342/2013 de 17 de abril se decanta por una tesis unitaria: “la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual”.

La delimitación de los derechos en juego, por tanto, es una cuestión todavía aún no cerrada jurisprudencialmente.

5.16.2 Necesidad de resolución judicial y de motivación individualizada

El art. 588 quinquies a. en su apartado primero dispone que “cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del Juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos”.

El apartado segundo dispone que “la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que ulteriormente pueda autorizarse por el Juez competente dicho acceso”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La previsión, que reproduce el contenido del art. 347 PCPP es pertinente para poner fin a la práctica judicial que entendía que la autorización jurisdiccional para la entrada y registro en un inmueble conlleva la habilitación implícita para acceder a los dispositivos de almacenamiento masivo que puedan allí encontrarse, desconociendo como se ha expuesto por la doctrina, la sustantividad propia del derecho a la intimidad y eventualmente al secreto de las comunicaciones, derechos que no pueden quedar artificialmente absorbidos en el ámbito de la protección constitucional del domicilio.

El sometimiento de la diligencia a la autorización judicial es pertinente. Ya la STEDH de 22 de mayo de 2008, caso Iliya Stefanov contra Bulgaria, a fin de valorar si el registro del ordenador era necesario en una sociedad democrática y había garantías contra la arbitrariedad tiene especialmente en cuenta si se acordó judicialmente o si con posterioridad hubo supervisión judicial.

En principio, y en base al derecho fundamental afectado, únicamente será legítimo acceder a los contenidos del dispositivo si concurre bien autorización judicial previa, bien consentimiento del afectado.

En lo atinente al radio de operatividad del consentimiento del afectado, es clave la STC nº 173/2011, de 7 de noviembre, que declara que "... corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la inmisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarlo vulnerado. En lo relativo a la forma de este consentimiento hemos puesto de relieve que puede manifestarse de forma expresa, prestándose entonces verbalmente, o bien tácita... Se conceptúan estas declaraciones como tácitas, porque resultan, no de expresiones, sino de hechos (actos concluyentes),



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

siendo preciso, para conocer su verdadero significado, acudir a conjeturas o presunciones”. Es claro que una vez que se emite el consentimiento, queda excluida la ilicitud de la conducta del extraño que accede al dispositivo y a la información que archiva siempre que se respeten los límites del contenido de aquel consentimiento.

Debiera quizás incorporarse al texto legal, siguiendo los parámetros jurisprudenciales, una mención al consentimiento del afectado como título habilitador para acceder a los contenidos.

5.16.3 Ampliación de los registros

El apartado cuarto del art. 588 bis g se refiere a los supuestos en los que la información se encuentra alojada en otros sistemas o en servidores disponibles en el *cloud computing* dadas las facilidades de almacenamiento que ofrece esa tecnología y la posibilidad del cliente o usuario de obtener la información en cualquier momento a través de su propio dispositivo informático.

La exigencia de autorización judicial viene determinada por la afectación de la medida a derechos fundamentales y, en cuanto a la previsión de que la diligencia pueda llevarse a efecto directamente por la policía judicial o el Fiscal, dando cuenta inmediatamente al Juez, resulta plenamente justificada dado que, en muchas ocasiones, concurrirán razones de urgencia al tratarse de una circunstancia que puede surgir al analizar, con ocasión de un registro domiciliario, los equipos informáticos que se encuentren en el mismo.

En estos casos cuando el acceso a tales servicios o plataformas electrónicas se encuentre protegido por claves o contraseñas y la policía alcance a conocerlas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

porque las ha obtenido a través del análisis del propio ordenador o dispositivo, o, en su caso, por haberles sido proporcionadas voluntariamente por el sujeto investigado, puede resultar conveniente y necesario llevar a efecto un cambio de las contraseñas de acceso a los servicios externos gestionados por el sospechoso que puedan contener información relacionada con el hecho investigado (acceso a cuentas de correo, a servidores, a monederos digitales, etc...) con el objetivo de asegurar que la información quede bajo el control del Juzgado, evitando con ello cualquier modificación o borrado que pueda ser llevado a cabo, por el propio imputado o por terceras personas, desde otros sistemas informáticos. Dicha actuación debería realizarse previa autorización judicial dada la incidencia que esa modificación puede tener en la preservación de las pruebas y en consecuencia en la investigación en curso.

En previsión de ello se sugiere contemplar expresamente en este precepto la concesión de autorización judicial para proceder al cambio de contraseñas en los supuestos anteriormente indicados.

Esta previsión debiera reubicarse en este Capítulo VI, pues debe formar parte de la regulación del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

5.16.4 Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del sospechoso

Conforme al apartado primero del art. 588 quinquies b. será necesaria autorización judicial para los casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos o el acceso a



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario.

El art. 588 quinquies c. especifica el contenido de la resolución del Juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos de almacenamiento.

La previsión del apartado segundo para evitar en la medida de lo posible la incautación de los soportes físicos también es adecuada.

5.16.5 Acceso directo de la Policía Judicial a la información contenida en los dispositivos

El apartado tercero del art. 588 quinquies c. regula la posibilidad de acceso directo de la Policía Judicial a la información contenida en estos dispositivos.

Entendemos que se regula de modo demasiado restrictivo el supuesto habilitante: “en los casos de emergencia o de riesgo de catástrofe o cuando la medida tenga por objeto la localización de personas en situación de urgencia vital y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos...”

Debe recordarse que los documentos no integrados en un proceso de comunicación y almacenados en archivos informáticos bien en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, tendrían la consideración de simples documentos y, por tanto, sólo resultarían, en su caso protegidos por el derecho a la intimidad (STS nº 782/2007, de 3 de octubre). Por ello los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

del Estado pueden actualmente, sin autorización judicial, intervenir un soporte magnético o electrónico, como, por ejemplo, la lectura de un disco duro, aun cuando su contenido material pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, si se aprecian razones de urgencia y se persigue un interés constitucionalmente legítimo con base en la habilitación legal para dicha actuación reconocida en los arts. 282 LECrim y 11.1 LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y 547 LOPJ. En este sentido se pronuncia la STC nº 173/2011, de 7 de noviembre y la Circular 1/2013.

Es interesante la STS nº 830/2013, de 7 de noviembre , que asume expresamente la posición de la Fiscalía General del Estado manifestada en la Circular 1/2013 en el sentido de que no siempre es necesaria autorización judicial para acceder a los ordenadores.

Entendemos que sería suficiente con limitar el acceso directo sin autorización judicial a los supuestos en los que se aprecien razones de urgencia y se persiga un interés constitucionalmente legítimo.

5.17 Registros remotos sobre equipos informáticos

Se aborda con carácter totalmente novedoso la regulación de la diligencia de registro remoto sobre equipos informáticos A tales efectos se crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo VII.

De nuevo y con carácter previo debe aplaudirse la iniciativa frente a la total orfandad normativa sobre la materia que hacía cuestionable la posibilidad de practicar esta diligencia.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.17.1 Presupuestos

El apartado primero del art. 588 sexies a. exige autorización judicial, entendiéndose, a la vista de que se trata de una medida muy invasiva, una exigencia indispensable.

También se limita su práctica a delitos de especial gravedad o a algunos de los siguientes: a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. b) Delitos de terrorismo. c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente y d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.

Entendemos que podría mejorarse y racionalizarse la redacción de este inciso, proponiéndose la siguiente:

“...y persiga la investigación de un delito de especial gravedad, atendiendo a los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad en función de la naturaleza y características del hecho investigado. En todo caso se entenderán de especial gravedad, a los efectos previstos en este artículo: a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. b) Delitos de terrorismo. c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente y d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.

Sigue el texto del Anteproyecto a la PCPP que conforme a la Exposición de Motivos declaraba que *por lo que afecta al registro remoto –diligencia ya presente en buena parte de las legislaciones europeas- el intenso grado de injerencia que implica su adopción justifica que incluso se refuerce el ámbito objetivo de la medida, exigiendo que el delito investigado sea de especial gravedad.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

No obstante, podría entenderse que esta diligencia no es más invasiva que la de grabación de conversaciones, por lo que desde esta perspectiva no tendría que restringirse su ámbito más de lo que se restringe esta otra diligencia.

En todo caso, debiera introducirse alguna modulación para graduar las exigencias atendiendo a la intensidad del acceso remoto, pues por ejemplo la monitorización de un dispositivo electrónico a los solos efectos de geolocalización de su usuario, no tendría por qué restringirse a delitos especialmente graves dado su reducido nivel de afectación a derechos de carácter personal.

El apartado segundo del art. 588 sexies a. regula, en términos muy detallados el contenido de la resolución judicial que autorice el registro.

El texto del apartado 2b) del citado artículo puede resultar insuficiente. Sería conveniente que en el mismo se contemplara expresamente la posibilidad de autorizar la recuperación de datos borrados por el usuario ya que esta información puede resultar fundamental en muchas investigaciones. Por otra parte también se estima de interés que se deje constancia en el precepto de la necesidad de que el órgano judicial se pronuncie sobre las características y funcionalidades del software que va a ser utilizado en la práctica de la diligencia, es decir sobre su potencialidad para acceder a los datos buscados y forma en que ello se va a llevar a. Por ello sugerimos que el citado apartado quede redactado en la siguiente forma: *b) el alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa, la posibilidad de recuperación de archivos borrados y las funcionalidades del software mediante el que se ejecutará el control de la información.*

A su vez, y en relación con el apartado 2f), ha de llamarse la atención sobre la posibilidad de que en la resolución judicial se acuerden medidas para la supresión



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso. La supresión de información del sistema antes de culminarse el procedimiento penal, puede generar problemas -aun cuando se haya efectuado la correspondiente copia- en orden a acreditar posteriormente dicho contenido. Tal vez sea más acertado suprimir esa mención y poner el acento en garantizar la inaccesibilidad a dicha información. A dicho fin, reiteramos en este apartado, lo ya indicado al comentar el apartado cuarto del artículo 588 bis g) en cuanto a la posibilidad -previa autorización judicial- de establecer claves o contraseñas o modificar las existentes, que quedaran custodiadas a disposición judicial, con el objetivo de impedir el acceso a determinados datos o contenidos informáticos.

El apartado tercero prevé que cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del Juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro.

Esta previsión parece orientada a dar cumplimiento al art. 19.2 del Convenio de Budapest que se refiere a que el ordenamiento ha de contemplar la posibilidad de que las autoridades competentes procedan a ampliar rápidamente el registro o forma de acceso similar al otro sistema.

5.17.2 Previsión de los medios técnicos de investigación

El art. 588 sexies en su apartado primero -como ya hiciera el art. 350 PCPP- contempla dos técnicas de investigación distintas: por un lado la utilización de datos de identificación y códigos y por otro la instalación de un software, con la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

finalidad en ambos casos de hacer posible el examen de forma remota de ordenadores.

En nuestra opinión no parece oportuno que la norma concrete los medios técnicos mediante los que puede efectuarse este registro remoto, teniendo en cuenta el vértigo con el que evolucionan estas tecnologías. Debería bastar con la previsión legal de la posibilidad de acceso remoto a los equipos o en todo caso una formula más abierta en la que sea posible encuadrar cualquier otro mecanismo o instrumento que en el futuro pueda ser utilizado con esa misma finalidad y con idénticas garantías.

5.17.3 Deber de colaboración

El art. 588 sexies b regula el deber de colaboración de los proveedores de acceso o servicios telemáticos y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro y de cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos.

No se hacen las salvedades que se incluyeron en la regulación del deber de colaboración en materia de intervención de comunicaciones (art. 588 bis f). Quizás sea más operativo la inclusión en este punto de una cláusula de remisión.

También, en relación con este supuesto debe contemplarse el deber de sigilo al que han de estar sujetos esos mismos obligados para garantizar que no comuniquen o informen a los afectados por la medida que la misma se está llevando a efecto. Este deber de sigilo se estima esencial para garantizar el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

secreto de la intervención -al que se refiere expresamente el artículo 588 sexies c)- y, en definitiva, para el éxito de la investigación.

5.17.4 Forma

El art. 588 sexies c. prevé para estas actuaciones pieza separada y régimen de secreto, lo cual se estima correcto.

5.17.5 Duración

En la regulación contenida en el inciso segundo del art. 352 PCPP se establecía que estas actuaciones tendrán una duración máxima de diez días.

El inciso último del proyectado art. 588 sexies c. dispone que “las actuaciones referentes al examen y registro a distancia de equipos, dispositivos o sistemas informáticos o electrónicos y repositorios telemáticos de datos se sustanciarán en pieza separada y en régimen de secreto, sin necesidad de declaración expresa, el cual tendrá una duración máxima de un mes”.

Este punto debiera aclararse. De la lectura del precepto parece que la duración máxima de un mes se predica del secreto. En ningún otro lugar se especifica cuál es la duración máxima de la medida.

Lo ordenado sería establecer una duración máxima no para el secreto sino para la diligencia. Esta duración máxima podría ser la misma que la prevista para las intervenciones telefónicas. Recordemos que la posibilidad de acordar esta diligencia se refiere a delitos de extrema gravedad. No debe el Estado



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

autolimitarse injustificadamente en el cumplimiento de su deber de investigar los delitos. La eficacia del proceso penal es un elemento del Estado de Derecho.

Debiera igualmente preverse que el secreto se mantendrá durante todo el tiempo en que se mantenga el acceso remoto.

Entendemos de nuevo que los plazos máximos debieran modularse en atención a la mayor o menor intensidad de la afectación de derechos derivada del acceso remoto y que en todo caso debiera incluirse una previsión sobre la posibilidad de acordar la prórroga de la medida.

5.17.6 Acceso a contenidos almacenados en la nube

El apartado cuarto del art. 350 PCPP establece que el registro remoto sólo podrá ser autorizado cuando los datos se encuentren almacenados en un sistema informático o en una parte del mismo situado en territorio sobre el que se extienda la jurisdicción española. En otro caso, se instarán las medidas de cooperación judicial internacional en los términos establecidos por la Ley, los Tratados y Convenios internacionales aplicables y el derecho de la Unión Europea.

El Anteproyecto no aborda este punto. Quizás debiera hacerlo.

Si se decidiera a hacerlo, entendemos que a la vista de las enormes dificultades para ubicar físicamente dónde se encuentran los archivos en los supuestos de utilización de la nube, debiera preverse la posibilidad de que el acceso a información contenida en sistemas de *cloud computing* se autorice por las autoridades judiciales españolas siempre que nuestros tribunales tengan jurisdicción para conocer de la causa que se está investigando. Podría defenderse



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que, en tanto en cuanto se tiene acceso al material desde España por un imputado situado en nuestro territorio, el mismo se posee en España, y, consiguientemente, las autoridades españolas tendrían jurisdicción para acceder al mismo. Así por ejemplo, si se está investigando a un ciudadano residente en España por delitos relacionados con la pornografía infantil y se tiene sospechas de que ha almacenado material delictivo en la nube, una vez se toma conocimiento de la clave, o una vez se habilita otra vía de acceso, debería ser admisible que las autoridades judiciales españolas conocieran los contenidos archivados en la nube sin necesidad de acudir a los mecanismos de cooperación judicial internacional.

5.18 PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

5.18.1 Configuración normativa del nuevo procedimiento especial

El apartado dieciocho del artículo único del Anteproyecto incorpora al Libro IV de la LECrim (“De los procedimientos especiales”) un Título III bis, bajo la rúbrica “Proceso por aceptación de decreto” que incluye los arts. 803 bis a) a 803 bis j) LECrim, de nueva creación.

Se trata de un nuevo procedimiento especial que tiene por objeto evitar o acortar el trámite de la instrucción judicial mediante un pronunciamiento directo de la sentencia cuando el sujeto pasivo esté dispuesto a aceptar la pena y la responsabilidad civil propuesta por el Fiscal.

La fase y tipología procesal en la que se incardina este incidente viene determinada en el art. 803 bis a), “después de iniciadas diligencias de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

investigación por la Fiscalía o Diligencias Previas por el Juzgado y hasta la finalización de las Diligencias Previas”. En el primer caso, el decreto del Fiscal tendría origen y naturaleza preprocesal, si bien tras su dictado se hace preciso incoar causa judicial (y toda vez que el legislador no establece el marco procesal de esta intervención judicial tendría que ser por aplicación supletoria el previsto en el art. 757 de la LECrim) en la que el juez homologue el decreto y recabe la conformidad en comparecencia; en el segundo el decreto activaría un incidente de la fase de diligencias previas que de prosperar en aceptación del sujeto pasivo determinaría su conclusión y evitaría el juicio. No está previsto que el Fiscal pueda formular decreto de propuesta de pena en diligencias urgentes, probablemente porque en dicho tipo de procedimiento la instrucción ya aparece suficientemente comprimida en el Juzgado de Guardia y porque además rige una modalidad de conformidad premial más beneficiosa para el reo (art. 801 LECrim).

Los condicionantes del procedimiento especial se recogen en el art. 803 bis a) LECrim, y consisten en que el delito imputado tenga asignada en el CP (pena en abstracto) multa, o prisión sustituible por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; que la pena solicitada por el Fiscal en el caso (pena en concreto) sea precisamente la multa (principal o sustitutiva) y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y finalmente -a semejanza del juicio rápido, art. 801.1.1º LECrim- que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

El contenido necesario del decreto activador de la propuesta se recoge en el art. 803 bis c), donde se dice que el Fiscal que lo emita habrá de motivar, si lo hace, la sustitución de la pena de prisión por multa, proponer penas y formular las correspondientes “peticiones de restitución e indemnización”. De ello se sigue que también los delitos que han ocasionado daños y perjuicios pueden ser objeto de este trámite, lo que suscita la cuestión de la necesaria participación del ofendido o



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

perjudicado, que, obviamente, no puede ver ignorado su derecho a ser oído antes del pronunciamiento de una sentencia que afecta a su esfera de intereses (el contenido del decreto alcanza a la petición de responsabilidad civil -art. 803 bis c 6º- y la no aceptación de esta petición indemnizatoria por el “sujeto pasivo” deja sin efecto el decreto -art. 803 bis h 2-).

El decreto ha de superar un trámite de homologación judicial que se regula en el art. 803 bis e): el Juez de Instrucción lo autorizará si se cumplen los requisitos del art. 803 bis a); si no lo autoriza pierde todos sus efectos. Obtenida la homologación el decreto se notifica al sujeto pasivo al tiempo que se le cita para una comparecencia “ante el Tribunal” (sic) en la fecha y el día que se señale [art. 803 bis f)].

A la comparecencia debe asistir el sujeto pasivo con Letrado, que le será designado de oficio si lo solicita [art. 803 bis g)]. Si el sujeto pasivo no comparece, comparece sin Letrado o rechaza la propuesta del Fiscal, total o parcialmente en lo relativo a las penas, a la restitución o indemnización, la propuesta quedará sin efecto [803 bis h)].

La finalidad de la comparecencia es asegurar que en el momento de prestar su consentimiento el sujeto pasivo esté debidamente asistido por Letrado, y que comprende el significado de la propuesta del Fiscal y los efectos que le acarrearán su aceptación.

Si el sujeto pasivo acepta la propuesta de pena el Juzgado de Instrucción le atribuirá carácter de resolución judicial firme, que documentará en el plazo de tres días en la forma y con todos los efectos de una sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno [art. 803 bis i)].



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Si el decreto de propuesta deviene ineficaz por cualquier motivo, la causa proseguirá por el cauce que corresponda [art. 803 bis j]).

5.18.2 Objeciones generales al modelo propuesto

Este procedimiento especial que crea el prelegislador no es más que una copia literal del mismo procedimiento previsto en el PCPP encomendado por el Ministro Gallardón a una serie de expertos y en el que se atribuía, aparentemente, la investigación al Fiscal, teniendo lógica que se dotara al Fiscal que investiga, de un mecanismo rápido para lograr la conformidad sin necesidad de prolongar de forma innecesaria la investigación; sin embargo, introducido este procedimiento por copia literal de aquel y sin adaptación alguna en la vigente LECrim está abocado a su absoluto fracaso.

En el modelo procesal vigente, el Fiscal, no tiene el dominio de la investigación, salvo por lo que respecta a las diligencias de investigación propias a las que después se aludirá, ni siquiera tiene físicamente a su alcance las actuaciones judiciales que se custodian en los Juzgados correspondientes (algunos situados a kilómetros de distancia de las Fiscalías), de modo que el conocimiento sobre el estado procesal de unas diligencias previas, incluido el conocimiento exacto de los hechos sobre los que versa no se produce hasta que no se le da alguno de los traslados previstos legalmente, normalmente a través de la notificación del auto de incoación de procedimiento abreviado, momento a partir del cual ya está vedado conforme determina el art. 803 LECrim el uso de este procedimiento por aceptación de Decreto, de tal manera que difícilmente podrá presentar el Fiscal Decretos de conformidad en causas cuyo estado procesal, personas imputadas, hechos investigados, diligencias practicadas desconoce.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En cuanto al ámbito de aplicación, el art. 803 bis a) LECrim señala que el proceso será aplicable cuando se den “cumulativamente” determinados requisitos, siendo el primero que <<el delito esté castigado con pena de multa o con pena de prisión sustituible por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores>>.

La redacción no establece de manera expresa que la pena de prisión sustituible por multa deba entenderse en abstracto (en cuyo caso se referiría solamente a los delitos que tengan señalada una pena de hasta dos años de prisión y puedan sustituirse, ex. art. 88 CP) sin embargo y toda vez que siempre que el legislador ha utilizado en el Código Penal o en la LECrim la expresión “*esté castigado con pena de...*” dicha expresión se ha interpretado en el sentido de considerar que la pena debe ser entendida como la fijada en abstracto para el delito, parece que es ésta y no otra la voluntad del prelegislador.

En este sentido, véase la Circular 1/2003 de la FGE sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en la que se concluía que las referencias relativas en los art. 795 y 801 de la LECrim a “delitos castigados con penas...” *debían serlo a la pena en abstracto, es decir la señalada por la Ley al delito de que se trate, con independencia de la que pudiera ser solicitada por la acusación en atención a las circunstancias concurrentes (pena en concreto). En este sentido se pronunció la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 respecto del procedimiento abreviado y se ha expresado el Tribunal Supremo, creando un cuerpo de doctrina pacífico actualmente, en numerosas sentencias que han seguido el acuerdo plasmado en Junta General de 2 de octubre de 1992 (así SSTs 1044/1997, de 10 de julio y 1616/1998, de 21 de diciembre).*

Esta también es la clásica interpretación dada por el Tribunal Supremo a esta expresión “*el delito venga castigado con pena de...*” en materia de competencia y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

refuerza esta interpretación el hecho de que el número 2º del art. 803 bis a) habla ya de *“la pena en concreto aplicable”*.

Por lo tanto, si el primer requisito de aplicación de este nuevo procedimiento es que el delito esté castigado con pena de multa o con pena de prisión inferior a dos años (que son las únicas que por imperativo del art. 88 del CP pueden ser sustituidas por multa), basta realizar una somera lectura de los tipos penales castigados con pena de prisión para comprobar que quedan excluidos del ámbito de aplicación de este procedimiento la mayor parte de los delitos más habituales, los cuales están castigados con penas que en abstracto superan los dos años de prisión. Esto significa que el ámbito de aplicación de este procedimiento estaría limitado a un número muy reducido de tipos penales y que además se solaparía con el modelo ya inserto en la LECrim de conformidad premiada (art. 801) susceptible de ser aplicada a los mismos delitos, resultando de escaso valor añadido, por lo que podemos afirmar que resulta innecesaria la oportunidad de instaurar un procedimiento especial de nuevo cuño para cumplir una función que ya desempeña de modo satisfactorio el sistema de conformidad del procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Además, este procedimiento sólo será de aplicación cuando el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable sea la de multa, lo que implica realizar una presunción de que la opción del penado va a ser por multa y todo ello sin que se proceda a oírle previamente como preceptivamente impone el art. 88 del CP.

Este reducidísimo ámbito de aplicación conllevaría por tanto en la práctica su inaplicación cuando se tratase de diligencias de investigación del Fiscal, toda vez que la experiencia demuestra que los delitos que el Fiscal investiga antes de judicializarlos (prevaricaciones administrativas, delitos fiscales...) suelen estar



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

castigados bien con penas superiores a los dos años de prisión o bien con pena de inhabilitación especial quedando fuera, por lo tanto, del objeto de este proceso.

Al mismo tiempo, la regulación que proporciona el Anteproyecto resulta inadecuada en un aspecto clave: no ofrece estímulo alguno a la conformidad, en la medida en que no prevé rebaja alguna de la pena si el sujeto pasivo o encausado acepta el Decreto del Fiscal, por lo que será previsiblemente infrutilizada, y además contiene exigencias de formalización judicial que recortan considerablemente su utilidad, pues si la aceptación por el sujeto pasivo de la oferta del Fiscal va a exigir inexcusablemente la incoación de un proceso en el Juzgado de Instrucción, es más funcional acudir al trámite de diligencias urgentes y cerrar el acuerdo en el Juzgado de Guardia con una rebaja sustancial de la pena. La transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes a efectos de conformidad es fácilmente practicable en virtud del art. 779.1.5ª LECrim.

El prelegislador revela al introducir este procedimiento un desconocimiento de cómo se desarrolla en la práctica la conformidad entre las partes en un proceso, pues concede la iniciativa al Fiscal sin haber hablado previamente con la defensa ni con el encausado que puede no haber declarado en la causa y por lo tanto no tener asistencia letrada todavía. La experiencia práctica diaria revela que la conformidad requiere en la casi totalidad de las ocasiones negociaciones o contactos previos del letrado del imputado y el Fiscal, y son dichos acuerdos los que se formalizan en el escrito de acusación. Estando abocado al rechazo del imputado (léase sujeto pasivo) cualquier escrito de acusación presentado por el Fiscal cuya fijación de pena (incluso para lo más elemental como es determinar la cuota de multa) parta de manera unilateral y sin acuerdo previo con el imputado o con su letrado, máxime si como ya se ha expuesto el prelegislador no anuda a la aceptación del Decreto ninguna consecuencia de reducción de la pena.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por ello, el Consejo Fiscal considera que la implantación de este tipo de procedimiento resultaría superflua y de escasa utilidad, temiéndonos mucho que termine finalmente engrosando el catálogo de procedimientos especiales previstos en la ley que actualmente son de nula aplicación, interesando en consecuencia su retirada.

Finalmente el Consejo Fiscal considera que hubiera sido mucho más simple y eficaz para fomentar el logro de soluciones consensuadas, acortar la vida de los procedimientos a través de la ampliación del ámbito de aplicación de las modalidades de conformidad actualmente vigentes, tanto la ordinaria como la privilegiada o premiada.

En el caso de la conformidad ordinaria, la experiencia demuestra que el límite de seis años de prisión exigido en los arts. 655 y 787.1 LECrim como máximo infranqueable para que sea posible dictar sentencia de estricta conformidad sin necesidad de celebrar juicio oral peca de artificioso y encorsetado, pues frustra el logro de soluciones consensuadas en supuestos que no suscitarían objeción alguna ni de justicia material ni de respeto de las garantías del acusado.

Otro tanto cabe afirmar del límite impuesto por el art. 801.1, 3º LECrim a la conformidad premiada, que queda fijado en dos años (previa rebaja del tercio) de la pena de prisión, o de la suma de las penas de prisión solicitadas en la misma causa. Abogamos por una ampliación decidida de la aplicación de esta modalidad de conformidad, que la conforme al ámbito objetivo de aplicación de este procedimiento especial (5 años de prisión, ex art. 795.1 LECrim), y que suprima asimismo la exigencia de que para definirlo se deban sumar las penas de prisión solicitadas, si son varias.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En otro orden de cosas, revisar a la baja la extensa competencia objetiva que actualmente tiene reconocida el Tribunal del Jurado (art. 1 LOTJ) redundaría igualmente en un incremento de las posibilidades de conclusión negociada de las causas, pues los delitos de menor calado que actualmente integran su competencia, de sujetarse a las reglas generales de competencia podrían ser reconducidos al trámite de enjuiciamiento rápido y beneficiarse de la consiguiente rebaja de pena en caso de conformidad, con el consiguiente ahorro de recursos económicos y procesales.

Es este uno de los motivos por los que abogamos por una reducción de la competencia objetiva del Tribunal del Jurado a los delitos consumados contra la vida humana independiente, que son los que mejor se acomodan a la naturaleza de este órgano.

5.19 PROCEDIMIENTO DE COMISO AUTÓNOMO

Se introduce en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un Título III ter, bajo la rúbrica “Procedimiento de decomiso autónomo”.

El nuevo Título III ter está configurado por dieciséis artículos 803 ter (ordenados mediante las correspondientes letras del alfabeto, desde la a hasta la p), y se justifica en razón de la exigencia de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Efectivamente, el apartado 2 del artículo 4 de dicha Directiva -incorporando el contenido de la Recomendación nº 3 del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) y de la letra c) del apartado 1 del artículo 54 de la Convención de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

las Naciones Unidas contra la Corrupción-, 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.

La transposición de la indicada Directiva quedaría cumplimentada con la regulación de un proceso que permitiera la efectividad del denominado “comiso sin sentencia”, cuya formulación sustantiva ya fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la reforma del texto punitivo operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, estableciendo en el apartado 3 del artículo 127 CP que *el juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita*, texto que actualmente ocupa el apartado 4 del artículo 127 a tenor de la reforma del Código Penal efectuada por L.O 5/2010, de 22 de junio.

Sin embargo, el Prelegislador, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pretende introducir el indicado nuevo Título III ter, con el enunciado “Proceso de decomiso autónomo”, que tiene un objeto mucho más extenso que la mera implementación de la referida Directiva anunciada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, toda vez que en el primero de los artículos del mismo, el 803 ter a), establece:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p.

La confusa redacción de este apartado, que parece establecer una acción de carácter civil de comiso no ejercitada en el proceso penal, en reclamación de los bienes, instrumentos con los que se ha ejecutado el delito o ganancias procedentes del mismo, pretende ser clarificada en los apartados 2 y 3, donde se establece que:

2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos:

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

- a) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 bis del Código Penal.*
- b) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 ter del Código Penal.*
- c) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 quáter del Código Penal.*
- d) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 quinquies del Código Penal.*

3. En el caso de reserva de la acción por el Fiscal, el procedimiento autónomo de decomiso solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del acusado ya hubiera concluido con sentencia firme de condena.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En primer lugar, el Consejo Fiscal tiene que manifestar la dificultad de informar sobre un Anteproyecto que se remite a disposiciones que no se encuentran en vigor, toda vez que los citados artículos 127 bis al quinquies constituyen disposiciones de normativa en fase de Proyecto legal en tramitación parlamentaria (ya aprobadas en el Pleno del Congreso y remitidas al Senado para su tramitación en dicha sede) (aunque el art. 127 quinquies y un también el art. 127 sexies se regulan en el Anteproyecto que ahora se informa entre las modificaciones del Código Penal, por cierto, con una redacción radicalmente distinta en uno y otro proyecto legal).

Con lo que se produce la incertidumbre de si el articulado recientemente introducido en la reforma del CP va a ser derogado por la redacción prevista en este Anteproyecto.

En segundo lugar, sorprende también la técnica legislativa empleada en esta materia al existir sobre el “procedimiento de decomiso autónomo”, dependiendo del proyecto en el que se incluya, dos redacciones distintas con alcances también distintos; una la prevista en este Anteproyecto y otra la recientemente aprobada en el Pleno del Congreso dentro del Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/95 de 23 de noviembre de Código Penal como Disposición Final Segunda catorce y quince que crea dentro del nuevo Título VIII del Libro IV, un Capítulo II con la rúbrica “Del procedimiento autónomo de comiso”, en el que se integran los nuevos artículos 846 bis e) a 846 bis g). Con una redacción mucho más acorde a 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” en los supuestos del art. 127 Ter del CP en la redacción dada en ese mismo texto y que prevé que:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

“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”*

Como se ve esta redacción cumple de manera satisfactoria las exigencias de la citada Directiva. No obstante se desconoce si la voluntad del prelegislador a través de la inclusión en este Anteproyecto de reforma de la LECrim de una regulación distinta al procedimiento de decomiso autónomo es derogar la regulada en el Proyecto de Reforma de Código Penal o la prevista en este Anteproyecto decaerá una vez entrada en vigor la otra.

Por otro lado, es de significar que con tan novedosa incorporación a nuestro ordenamiento, el Prelegislador supera el objeto establecido en el artículo 1 de la Directiva 2014/42/UE consistente en el establecimiento de las *normas mínimas sobre el embargo de bienes con vistas a su posible decomiso y sobre el decomiso de bienes en el ámbito penal* (art. 1), lo cual no sería objetable si no fuera porque con dicha extensión se desnaturaliza la institución del comiso, constituido mediante Ley Orgánica en el Código Penal como una consecuencia accesoria de la pena (art. 127).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El comiso es una de las instituciones penales más afectadas por las distintas reformas del Código Penal. Ya fue modificado por la LO 15/2003 y la LO 5/2010, estando actualmente en tramitación parlamentaria otra nueva reforma que, si bien introduce importantes cambios en la regulación del comiso, mantiene su configuración como consecuencia accesoria de la infracción penal.

Tal configuración parece exigir la existencia de una sentencia condenatoria por el delito para que se pueda acordar el comiso de los bienes, instrumentos o ganancias relacionados con aquel.

No obstante, aunque tales innovaciones legislativas que han introducido la posibilidad del denominado “comiso sin sentencia” en los términos indicados *ut supra* (art. 127 ap. 4 CP: *cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido*), también pueden suponer una cierta desnaturalización técnica de la naturaleza del comiso, sin embargo, además de estar amparadas en la implementación de la normativa internacional, vienen 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 imputado.

Por ello, estima el Consejo Fiscal que lo adecuado sería, establecer un cauce procesal para que pueda decretarse el comiso de los bienes o instrumentos con los que se ha ejecutado un hecho punible o las ganancias del mismo, superando la situación indefinida que se produce en los citados supuestos en los que el autor no pueda ser juzgado por fallecimiento, rebeldía o incapacidad. De ahí que el procedimiento previsto como Disposición Final Segunda en el Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/95 de Código Penal parece más acorde con esta finalidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La extensión o generalización de este proceso autónomo a todas las formas de comiso, al establecer la posibilidad de hacer valer una especie de reserva de la acción de comiso en el proceso penal para ejercitarla después en otro proceso autónomo, regido por las normas del juicio verbal regulado en el Título III de Libro II la Ley de Enjuiciamiento Civil, desnaturaliza la institución del comiso como consecuencia accesoria de la pena, que pasa a convertirse en una simple acción civil de comiso, particularmente en el supuesto regulado en el proyectado artículo 803 ter a 2 a) *cuando el Fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.*

Estima el Consejo Fiscal que la actual regulación del comiso en el Código Penal, determina para su imposición la plena vigencia del principio acusatorio y su sometimiento al principio de contradicción. Ello, hace imprescindible que el comiso sea solicitado expresamente por las partes acusadoras cuando resulte procedente (SSTS 17.3.2003 EDJ 2003/6675 y 30.5.97 EDJ 1997/5561 entre otras). Respecto de las ganancias, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Pleno de 5.10.99, acordó extender el comiso “siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio”.

El respeto del principio acusatorio implica la concreción y determinación de los bienes cuyo comiso se solicita en el momento de ejercitar la acusación, exponiendo las razones de su procedencia.

Por otro lado, esta importante y novedosa modificación de nuestro ordenamiento jurídico, implica una ampliación de las funciones del Ministerio Fiscal y tiene una importante repercusión en las judiciales, que precisaría de un estudio en profundidad sobre sus consecuencias y repercusiones en los medios con que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

actualmente cuenta la Administración de Justicia para afrontar tal reforma. Sin embargo, no se ha realizado ningún análisis al respecto, adoleciendo la Memoria que acompaña al Anteproyecto de referencia alguna al impacto de dicha reforma en las funciones y organización del Ministerio Fiscal y en los órganos jurisdiccionales.

Por lo que se refiere a las normas sobre *competencia* contenidas en el artículo 803 ter b), en concordancia con lo anteriormente expuesto, el Consejo Fiscal estima que deberían concretarse *en el Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento de la causa penal, con arreglo a las normas de esta Ley* (concreción sobre competencia que sí se recoge en el Proyecto de LO de reforma del Código Penal Lo 10/95 Disposición Final Segunda dieciséis mediante la introducción del art. 846 bis f); si bien sin acomodar el régimen de recursos a la introducción de la segunda instancia penal).

Tal modificación debe estar acompañada de la correspondiente reforma de las normas de competencia de la LOPJ (arts. 62, 73.2, 82 y 89), atribuyendo a cada uno de los correspondientes órganos jurisdiccionales *el conocimiento de las demandas de decomiso autónomo por delitos para cuyo enjuiciamiento sean competentes*.

Por lo que se refiere a las normas procedimentales que se establecen, con las anteriores salvedades y las referencias al sujeto pasivo por las razones también indicadas *ut supra*, se valoran positivamente las relativas al *procedimiento* (art. 803 ter c), *exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción* (art. 803 ter d), *legitimación pasiva y llamada al proceso* (art. 803 ter e), *comparecencia del ausente y del incapacitado* (art. 803 ter f), *demandas de solicitud de decomiso autónomo* (art. 803 ter g), *escrito de contestación a la demanda de decomiso* (art.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

803 ter h), *resolución sobre prueba y vista* (art. 803 ter i), *juicio y sentencia* (art. 803 ter j) y *efectos de la sentencia de decomiso* (art. 803 ter k).

Por lo que se refiere a la *investigación del Ministerio Fiscal* que se regula en el artículo 803 ter l), hay que señalar no se entiende el sentido de dicha disposición, toda vez que no establece ninguna actuación nueva en relación a las posibilidades que la actual regulación ofrece al Ministerio Fiscal en la investigación patrimonial. En todo caso, la regulación proyectada genera confusión, pues la investigación del Ministerio Fiscal está concebida en la actualidad como fase previa a la intervención judicial, en la que el Fiscal actúa en virtud de la propia autoridad que la Ley le confiere, sin embargo en el artículo 803 ter l parece que se instaura una especie de investigación “a posteriori” tutelada incluso por el Secretario Judicial.

Estima el Consejo Fiscal que la investigación patrimonial del Fiscal debe tener carácter pre-procesal, es decir, debe realizarse con carácter previo a la demanda e ir acompañada de la reformas legales precisas para otorgar al Ministerio Fiscal facultades de incautación y embargo de bienes, al igual que tiene otras Autoridades en otros ámbitos de carácter administrativo.

A estos efectos también se estima que debería desarrollarse la Oficina de Recuperación de Activos prevista en el artículo 367 septies LECrim (introducido por el apartado tres de la disposición final primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio).

En materia de recursos, regulada en el artículo 803 ter m, el Consejo Fiscal pone de relieve la complejidad de aplicar las normas reguladoras de los recursos aplicables en el proceso penal abreviado, en este procedimiento autónomo de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

decomiso regido por disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tramitado ante órganos jurisdiccionales del orden penal.

Además, su aplicación requiere la instauración de la doble instancia con carácter general en el orden penal, pues en otro caso se carecería de la posibilidad de recurso de apelación cuando la competencia para el conocimiento de este proceso autónomo corresponda a las Audiencias.

Este Consejo Fiscal no tiene ninguna objeción respecto de los artículos 803 ter n), que regula la *tramitación del procedimiento en los supuestos de ausencia de la parte pasivamente legitimada*; 803 ter o. referido a la *acumulación de solicitud de decomiso contra el sujeto pasivo rebelde o incapacitado en la causa seguida contra otro sujeto pasivo*.

En relación con el artículo 803 ter p) en el que se regula la *presentación de nueva solicitud de decomiso* por el Ministerio Fiscal cuando *se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el procedimiento de decomiso, y no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos*, se realiza la objeción expresada anteriormente en relación con la actual naturaleza del comiso de consecuencia accesoria de la pena y la necesidad de concreción y determinación de los bienes objeto del mismo en el momento de formalizarse la acusación.

En consecuencia y sin perjuicio de considerar acertada la decisión del legislador de regular este procedimiento de decomiso autónomo, en base a las razones expuestas, su configuración debe ser congruente con la naturaleza que el comiso



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

tiene en el Código Penal. Las normas de procedimiento 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.

5.20 Recurso de apelación

5.20.1 Configuración normativa propuesta para la generalización del recurso de apelación en el orden penal

El apartado veinte del artículo único del Anteproyecto introduce en la LECrim un art. 846 ter que generaliza la segunda instancia en el orden penal mediante la extensión del recurso de apelación a los autos definitivos y sentencias dictados por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional.

El apartado 1 del art. 846 ter LECrim dispondría que los autos que supongan finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los “Tribunales de Justicia” (*sic* en el texto, entendemos se refiere a Tribunales Superiores de Justicia) de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente.

El apartado 2 establece que las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las Salas de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado 3 dice que los recursos de apelación se tramitarán conforme a los arts. 790 a 792 LECrim (trámite de apelación de sentencias dictadas por el Juez de lo Penal en procedimiento abreviado).

5.20.2 El déficit de la segunda instancia penal en el ordenamiento español

No es éste, ni mucho menos, el primer impulso normativo hacia la generalización de la segunda instancia en el ordenamiento procesal penal español. Nos hallamos en presencia de una tendencia reformadora que inició su andadura en el plano orgánico judicial mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, pero que no llegó a consumarse en el plano procesal. El presente Anteproyecto parece destinado a poner término a esta demora.

El artículo único, apartados seis y siete de la meritada LO 19/2013 modificó el art. 64 e introdujo el art. 64 bis en la LOPJ, para crear una Sala de Apelación de la Audiencia Nacional destinada a conocer los recursos de esta clase que estableciera la ley adjetiva contra las resoluciones de su Sala de lo Penal.

El artículo único, apartado ocho modificaba por su parte el art. 73 LOPJ, para, entre otras cosas, establecer en el apartado 3 c) del citado precepto que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Penal, de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales.

Con la reforma orgánica se pretendía reducir la carga de trabajo de la Sala 2ª del TS y “resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Exposición de Motivos de la LO 19/2003, apartado II).

Los textos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos reconocen el derecho de las personas que resulten condenadas en un proceso penal a que el fallo y la pena impuesta sean examinados por un tribunal superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, art. 2 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos).

La cuestión objeto de debate ha sido la suficiencia del recurso extraordinario de casación, tal y como aparece regulado en nuestra LECrim, para satisfacer las condiciones mínimas de revisión de los fallos condenatorios exigidas por los textos internacionales de garantía de los derechos humanos, pues como es sabido el recurso de apelación penal sólo cabe en el actual marco procesal en el caso de sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción en juicio de faltas, los Jueces de lo Penal en procedimiento abreviado, y el Tribunal del Jurado, quedando desprovistos de esta vía impugnatoria las sentencias de los órganos colegiados distintos del Tribunal de Jurado.

Tras el dictamen del CDH de 20 de julio de 2000, citado en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003, el Pleno de la Sala 2ª del TS decidió en acuerdo plenario no jurisdiccional de 13 de septiembre de 2000 no suspender el trámite de los recursos de casación pendientes por entender que el recurso de casación previsto en las leyes españolas, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, constituye un recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 PIDCP.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esta postura vertebró desde entonces los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal. La STS 1173/2009, de 17 de noviembre, defiende la validez del recurso de casación como medio eficaz para la revisión de la condena dictada en instancia con los siguientes argumentos:

“6.- Es cierto que el Recurso de Casación, en su concepción originaria y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la Constitución Española, no satisfacía las exigencias del Pacto (se refiere al art. 14.5º PIDCP), ya que se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fuese derivada, con carácter excepcional, del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador de instancia.

“7.- Podemos afirmar tajantemente que éste no es el modelo actual. La Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 5.4 han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución, son suficientes elementos para afirmar que el recurso puede ser efectivo. Como se puede comprobar a lo largo de la lectura de esta Sentencia, este proceso revisorio se ha realizado con profundidad y detalle”.

No obstante, la citada STS 1173/2009, de 17 de noviembre, recuerda que existe un camino legislativo por recorrer, pues

“8.- La Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003 que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya anuncia las vías



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones”.

(...) la implementación de la doble instancia debe ser abordada con urgencia por el legislador, sobre todo, a partir del Instrumento de Ratificación por España del Protocolo núm. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 15 de octubre de 2009). Desde que el Plenipotenciario de España lo firmó el 22 de noviembre de 1984, resultaba, cada más urgente, dar coherencia a las decisiones legales y a los compromisos asumidos por España. Utilizando la fórmula tradicional de los Instrumentos de ratificación, promete cumplir, observar y hacer que se cumpla en todas sus partes. El Instrumento de Ratificación contiene solamente la reserva o cláusula de estilo referida a Gibraltar pero no añade ninguna otra. El Protocolo, en su artículo 2, reitera que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley. Se añade, en el apartado 2 que este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad, según las define la ley o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

“10.- España, a diferencia de otros países, no ha formulado reservas a este artículo 2 del Protocolo núm. 7. Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y Holanda, entre otros países, han formulado algunas reservas, lo que les permite mantener parte de su sistema vigente. En el caso de España, debemos acogernos a la tesis tradicional ya expuesta de que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, es



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

incuestionablemente un Tribunal Superior y que el sistema de la casación constitucionalizada cubre las expectativas de la doble instancia”.

La opción del Prelegislador es correcta pues se acomoda a las previsiones de los textos internacionales y a las recomendaciones del propio TS.

No obstante y con la finalidad de evitar cualquier duda de interpretación que pudiera surgir de la lectura del texto de art. 846 ter 1 de la LECrim sería conveniente incluir que las sentencias susceptibles de ser recurridas en apelación son las dictadas “*en primera instancia*” por las Audiencias Provinciales o la Sala de la Penal de la Audiencia Nacional”.

5.20.3 El déficit de la apelación de la sentencia absolutoria

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, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 180/2008, de 22 de diciembre, FJ 2; 120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 a 4; 132/2009, de 1 de junio, FJ 2 y 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

Conforme a esta doctrina, el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías exige que sólo 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



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

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, FJ 2, y 173/2009, de 9 de julio, FJ 3).

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, FJ 2; 28/2008, de 11 de febrero, y 24/2009, de 26 de enero, FJ 2, entre otras muchas).

El Ministerio Fiscal cuando ejerce la acción penal –y las acusaciones personadas– no dispone en el actual marco procesal de remedio alguno (a salvo los estrechos y excepcionales supuestos de solicitud de declaración de nulidad de la sentencia por vulneración de la tutela judicial efectiva de las acusaciones ante la absoluta irracionalidad de la motivación) para instar el tribunal superior una revisión de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

valoración probatoria efectuada por el de instancia cuando la sentencia absolutoria se fundamente en pruebas de naturaleza personal (testigos y peritos).

Ello se debe a que el recurso de apelación en el trámite del procedimiento abreviado –que es el que, conforme a la reforma proyectada, se va a utilizar en todos los recursos de apelación, salvo para el Jurado- no permite celebrar actividad probatoria ante el órgano *ad quem* más que en los supuestos muy limitados y restrictivos que se deducen del tenor del art. 790.3 LECrim:

“En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables”.

En ningún caso cabe instar la repetición de una prueba personal practicada en primera instancia para que pueda ser nuevamente valorada por el tribunal *ad quem* con plena inmediación. La acusación, por lo tanto, carece de la posibilidad real de invocar el motivo del error en la apreciación de la prueba cuando la sentencia ha favorecido al acusado al valorar las pruebas personales practicadas en el juicio oral. En estos supuestos, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia resulta inamovible, lo que dota al órgano judicial que dicta sentencia del poder de conformar de manera irreversible el fallo y no siempre se compadece con las exigencias de la justicia material.

El Consejo Fiscal recomienda por ello que se valore la oportunidad de reformar el art. 790 LECrim, para incluir la posibilidad de que cuando el Ministerio Fiscal o una acusación personada interpongan recurso de apelación alegando como



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

motivo el error en la apreciación de la prueba, 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 sólo así quedaría salvaguardado su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Por tal motivo, su presencia sería coercitivamente exigible en los mismos casos y términos previstos en el art. 786.1 LECrim.

No se nos escapa sin embargo que esta solución apuntada y que podría paliar el déficit en la apelación de sentencias absolutorias conlleva, importantes disfunciones logísticas, pues a la gravosidad intrínseca que implicaría volver a repetir las pruebas personales, se sumaría ahora el dato añadido de que esta repetición se tendría que desarrollar en la sede de los TSJ (cuando de la apelación de sentencias de Audiencias provinciales se tratara) que normalmente no tienen su sede física en la misma provincia sino en otra distinta.

Por otro lado, esta introducción de la segunda instancia, implica una ampliación de las funciones del Ministerio Fiscal y tiene una importante repercusión en las judiciales, que precisaría de un estudio en profundidad sobre sus consecuencias y repercusiones en los medios con que actualmente cuenta la Administración de Justicia para afrontar tal reforma. Sin embargo, no se ha realizado ningún análisis al respecto, adoleciendo la Memoria que acompaña al Anteproyecto de referencia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

alguna al impacto de dicha reforma en las funciones y organización del Ministerio Fiscal y en los órganos jurisdiccionales.

5.20.4 Procedimiento

El Anteproyecto opta por generalizar el procedimiento de impugnación de sentencias de los Jueces de lo Penal (y Centrales de lo Penal) regulado en los arts. 790 a 792 LECrim, que sería aplicable a la apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional.

Nada hay que objetar a esta opción, pues se trata de un trámite relativamente sencillo pero suficiente para plantear con la necesaria extensión y profundidad los motivos de impugnación.

5.21 RECURSO DE CASACIÓN (SENTENCIAS)

El apartado veintiuno del artículo único del Anteproyecto modifica el art. 847 LECrim para dar una nueva configuración al recurso de casación. El tenor propuesto es el siguiente: “procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia y por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional”.

El precepto acomoda la determinación de las sentencias susceptibles de impugnación casacional al nuevo escalonamiento de recursos resultante de la posibilidad de interposición del recurso de apelación contra las sentencias



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Audiencia Nacional.

De este modo, las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal serían susceptibles, como hasta ahora, de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, adquiriendo firmeza en este escalón, en tanto que las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en el enjuiciamiento de causas de su competencia serían susceptibles de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, y la sentencia dictada por ésta al resolver el recurso de apelación sería, a su vez, susceptible de recurso de casación ante el TS (*idem* Sala de Apelación de la Audiencia Nacional respecto de sentencias de la Sala de lo Penal del mismo órgano).

La reforma proyectada mantiene el ámbito material de aplicación del recurso de casación, que va a seguir centrado en los delitos que integran la esfera de competencia objetiva de las Audiencias Provinciales (y Audiencia Nacional) conforme a lo previsto en el art. 14.4 LECrim: delitos castigados con prisión de más de cinco años, o con penas de distinta naturaleza, que no sean la multa, de duración superior a diez años.

El Anteproyecto se limita a intercalar un recurso de apelación antes de franquear el paso a la casación, trastocando la economía del actual sistema de organización de los recursos, que sólo da acceso a la casación a los asuntos no susceptibles de apelación. Se pasa de este modo de la complementariedad de los recursos, a su acumulación sucesiva, con el consiguiente incremento de la duración de los procesos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Consejo Fiscal estima que esta solución no es satisfactoria en la medida en que una concepción tan simple desperdicia la oportunidad de dar un nuevo sentido al recurso de casación.

El recurso de casación tiene un reconocido valor nomofiláctico, pues genera una doctrina que adquiere valor de complemento del ordenamiento jurídico al suministrar pautas uniformes de interpretación (art. 1.6 CC). Es, además, un recurso extraordinario, que se rige por estrictos y limitados motivos. La reforma debiera extraer las consecuencias oportunas de ambos postulados, ampliando la base del recurso de casación al conocimiento de delitos que actualmente quedan fuera del mismo, pero restringiendo a la par los motivos de admisibilidad para que se centre exclusivamente en cuestiones de *error iuris*, poniendo fin a la expansión que había adquirido como medio de revisión de la prueba, precisamente para compensar la ausencia de apelación.

Dicho de otro modo, generalizada la apelación, y por lo tanto la posibilidad de revisar la valoración de la prueba en la segunda instancia conforme a las exigencias del Comité de Derechos Humanos de la ONU, sería lógico esperar que la norma introdujera, como mecanismo compensatorio, que se limitara la casación a un único motivo el de infracción de ley respecto de todo tipo de delitos.

Es preciso apuntar, por lo demás, que el texto proyectado al restringir el recurso de casación a las sentencias de los TSJ dictadas en segunda instancia, convierte en irrecurribles las sentencias dictadas en dicha sede en única instancia (enjuiciamiento de aforados). Entendemos que se trata de un error técnico, no de un efecto buscado, por lo que recomendamos se mantenga la fórmula que emplea el tenor actual del precepto: “las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.22 RECURSO DE CASACIÓN (AUTOS)

El apartado veintidós del artículo único del Anteproyecto modifica el art. 848 LECrim, para dar una nueva configuración al régimen de casación de determinados autos.

El tenor del nuevo precepto es el siguiente: “podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los supuestos previstos por el artículo 14.4 de esta ley cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el sujeto pasivo mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada”.

En el régimen jurídico vigente son susceptibles de casación, únicamente por infracción de ley, los autos definitivos de las Audiencias Provinciales que determine la ley; los autos de sobreseimiento se reputan definitivos sólo en el caso de que se trate de sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito “y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos”.

Esta regulación en su literalidad excluye la posibilidad de recurrir en casación los autos de sobreseimiento libre dictados en un procedimiento abreviado, aunque el TS a partir del Acuerdo plenario de 9 de febrero de 2005 ha optado por hacer una interpretación flexible de la ley para admitir la casación cuando el auto de sobreseimiento libre se dicta en un procedimiento abreviado que haya de ser enjuiciado en única instancia por la Audiencia Provincial según las reglas de competencia del art. 14.4 LECrim.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Parece que el Anteproyecto trata de dar cobertura legal expresa a dicha interpretación jurisprudencial, pues incluye en la redacción del precepto la cita del art. 14.4 LECrim, y sustituye la mención al procesamiento por la imputación.

Aunque la *ratio* de la reforma parece clara, lo que no se termina de entender es que el precepto proyectado aluda a los autos definitivos “dictados en apelación” por la Audiencia Provincial, pues con ello invierte el sentido del criterio asentado por el TS: serían recurribles en casación los autos de sobreseimiento libre dictados por la Audiencia Provincial confirmando o revocando la previa resolución del Juez de Instrucción en unas diligencias previas cuyo enjuiciamiento hubiera correspondido al Juez de lo Penal –por lo tanto, en asuntos cuya sentencia, de dictarse, no habría accedido en ningún caso a la casación-, y por el contrario no serían susceptibles de casación los autos de sobreseimiento libre acordados por la Audiencia Provincial en un sumario ordinario (arts. 632, 637.2 LECrim), o incluso en un procedimiento abreviado correspondiente al ámbito de su competencia si el sobreseimiento lo acuerda la Audiencia Provincial en la fase intermedia tras haberse evacuado el o los escritos de acusación provisional.

Cabe afirmar por ello que desde el punto de la coherencia interna de la norma, la intercalación en el texto proyectado del art. 848 LECrim del sintagma “dictados en apelación” es incompatible con la regla de atribución de competencia del art. 14.4 LECrim que se cita a renglón seguido.

Desde un punto de vista práctico, tampoco resulta acertada la opción de implantar un esquema de impugnación escalonada apelación/casación en relación con los autos definitivos que dicten los Juzgados de Instrucción -o las Audiencias Provinciales al conocer en apelación los autos de aquéllos- en diligencias previas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que tengan por objeto delitos de la esfera de competencia del art. 14.3 LECrim (Juez de lo Penal), pues ese diseño generaría un abrumador y retardatario trasiego de expedientes hacia el TS.

A no ser que lo que verdaderamente se pretenda sea (y esto parece más lógico) someter a revisión casacional los autos dictados por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ al resolver los recursos de apelación que se interpongan contra los autos definitivos de la Audiencia Provincial en asuntos de su conocimiento conforme al art. 14.4 LECrim (*idem* respecto de los autos de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respecto de los autos definitivos de su Sala de lo Penal) [ex inciso primero del art. 846 *ter* LECrim, según la redacción que le otorga el apartado veinte del artículo único del Anteproyecto informado]. En tal caso, es obvio que la redacción del art. 848 LECrim habría incurrido en un error al referirse a los autos dictados por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, aunque este error sería de fácil corrección cambiando la cita de los órganos judiciales.

En último término cabe decir que el establecimiento de un sistema escalonado de apelación/casación respecto de los autos de sobreseimiento libre -y declinatoria de jurisdicción- de las Audiencias Provinciales adolece del mismo defecto que el previsto para las sentencias: es una opción legítima, pero dilata considerablemente los procedimientos.

5.23 RECURSO DE REVISIÓN

El apartado veintitrés del artículo único del Anteproyecto modifica el art. 954 LECrim, que regula el recurso de revisión.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto rescata el contenido del art. 623 PCPP, que reproduce casi en su integridad, con algunas modificaciones en el motivo e) [violación de derechos declarada por el TEDH].

El motivo a) alude a la condena penal firme por falso testimonio o falsedad documental, confesión arrancada por violencia o coacción, o prueba constitutiva de un hecho punible. Es un motivo clásico de rescisión de la sentencia condenatoria reconocido en el vigente apartado 3º del art. 954 LECrim, aunque el texto proyectado introduce una variación: “no será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga valoración de fondo”.

El motivo b) se refiere a la condena por prevaricación del Magistrado en virtud de alguna resolución recaída en el proceso, cuando haya podido influir en el sentido del fallo. Nada hay que objetar al motivo, sí a su redacción, que resulta un tanto evanescente: “sin la que pueda presumirse que el fallo hubiera sido distinto”. El recurso de revisión constituye un remedio rescisorio contra sentencias condenatorias firmes que contrarresta la eficacia de cosa juzgada material y que por tal motivo debe basarse en certezas, no en presunciones. Estimamos por ello oportuno que la norma diga claramente que es presupuesto de la revisión que la prevaricación haya sido determinante de la condena o de la agravación de las consecuencias penales impuestas al reo.

El motivo c) alude a que el mismo hecho haya sido enjuiciado y sentenciado dos veces. Es un motivo de revisión comprensible, que no aclara la sentencia que debe prevalecer, de lo que se sigue que ha de ser siempre la más favorable al reo, que es quien ostenta la legitimación para recurrir. No está tan clara la postura



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que habría de adoptar el otro legitimado o parte en el procedimiento rescisorio, el Fiscal, a quien corresponde la defensa de la legalidad y del interés social.

El motivo d) es el más frecuentemente utilizado en revisión: cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba que, de haber sido aportados, hubieran podido determinar la absolución o una condena menos grave (el art. 954.4 LECrim vigente dice “que evidencien la inocencia del condenado”). La interpretación extensa del concepto “hecho nuevo” es el que ha permitido al TS ensanchar el ámbito de la revisión de sentencias con el fin de realizar el postulado de la justicia material.

El motivo e) se refiere a “cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”.

Este motivo merece una favorable acogida, porque las Sentencias del TEDH carecen de eficacia directa interna (STC 245/1991, de 16 de diciembre), y nuestro ordenamiento jurídico todavía no ha previsto una vía de restablecimiento de los derechos conculcados, más allá de la satisfacción por el Estado de la compensación económica que le haya podido imponer el propio TEDH. Es conveniente por ello habilitar algún medio que permita a los tribunales españoles superar el escollo procesal que representa la cosa juzgada con el fin de dar cumplida satisfacción a las exigencias del TEDH.

En el Derecho Comparado se han procurado diversas respuestas:

- a) Algunos países optan por el remedio rescisorio y convierten en motivo de revisión de sentencias con valor de cosa juzgada la declaración de infracción



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de derechos individuales emanada del TEDH: es el caso del art. 443 núm. 5 del *Code d'instruction criminelle* de Luxemburgo, o los arts. 407.7 del Código de Procedimiento Civil y 391 del Código de Procedimiento Penal de Noruega.

- b) Otros países recurren a la técnica de la ley del caso único, como ocurrió en Austria (Ley de 12 de marzo de 1963, a raíz de los casos *Palaqui* y *Dunshimm*).
- c) En caso de condena penal también se recurre a la aplicación de medidas de gracia, como sucedió en los asuntos *Neumeister* y *Bönnish* en Austria y *Rubinat* en Italia.
- d) Los Estados que carecen de normas procesales internas que permitan fundar en una sentencia del TEDH la revisión o anulación de la sentencia nacional se limitan a informar de esta carencia al TEDH, cumpliendo la prestación pecuniaria subsidiaria con simultánea divulgación de la sentencia a modo de reparación moral de la infracción.

La opción del Anteproyecto, que decide seguir la senda de los países que habilitan la vía de la rescisión de las sentencias nacionales, nos parece por ello correcta.

El Acuerdo plenario de la Sala 2ª TS de 21 de octubre de 2014, se anticipa de alguna manera a la reforma al establecer por unanimidad que “en tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple con este cometido”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Los recientes Autos TS de 27 de octubre y 5 de noviembre de 2014, han admitido a trámite sendos recursos de revisión contra sentencias condenatorias en las que, en virtud de pronunciamientos del TEDH, se ha declarado vulnerado el derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6.1 CEDH (SSTEDH *Almenara c. España*, de 25 de octubre de 2011 y *Vilanova Goterriz y Llop García c. España* de 25 de noviembre de 2012).

Estos autos admiten las solicitudes de revisión “ante la constatación de la inexistencia de cauce procesal en la ley para la ejecutividad de dicha sentencia”.

El texto informado parece acudir a remediar esta necesidad, otorgando carta de naturaleza al recurso de revisión como medio ordinario de restablecimiento de los derechos conculcados en virtud de una sentencia condenatoria firme. No obstante, procura restringir su efectividad “exclusivamente respecto de la resolución judicial firme dictada por el correspondiente tribunal español en el proceso *a quo* y a instancia de quien hubiera sido demandante ante dicho tribunal, siempre que la violación haya sido relevante o determinante de la condena, sea actual y no pueda ser reparada de ningún otro modo que no sea la reapertura del proceso”. Con ello se niega la posibilidad de irradiar los efectos de la sentencia del TEDH a sentencias recaídas en otros procesos que hayan podido incurrir en la misma infracción. Incluso a penados en el mismo proceso que no hayan denunciado la violación ante el TEDH.

Esta última limitación tal vez pudiera ser reconsiderada, pese al riesgo de una expansión de los efectos de la revisión, pues incluso en el ámbito del recurso de casación se reconoce la extensión subjetiva de la sentencia estimatoria ganada por uno de los condenados en la instancia al resto de los penados (art. 903 LECrim: “cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia”). Si la irradiación favorable a reo se admite en el ámbito casacional en supuestos de infracción de la legalidad ordinaria, también puede admitirse como medio rescisorio para reparar la violación de un derecho fundamental que ha sido declarada en sentencia por el TEDH.

Más discutible resultaría, aunque estimamos oportuno plantearlo a los meros efectos dialécticos, habilitar en la norma la posibilidad de tomar en consideración una sentencia del TEDH para motivar la rescisión de las sentencias conclusivas de otros procesos diferentes del que aquella trae causa, partiendo de la idea de que los derechos humanos tienen un valor intrínseco y universal, como elementos integrantes del ordenamiento jurídico objetivo, y que los pronunciamientos del TEDH, aunque resuelven casos concretos, generan una doctrina vinculante en la interpretación de las normas jurídicas internas en lo concerniente a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Desde esta perspectiva podría admitirse que infracciones del mismo derecho individual, en supuestos de hecho idénticos, pudieran acceder también al juicio de revisión, lo que además de resolver los supuestos individuales que se dieran en cada uno de estos casos, ahorraría probablemente a España ulteriores condenas del TEDH a las que se vería abocada si la única vía que se deja al perjudicado para obtener la reparación de su derecho es conseguir un nuevo pronunciamiento del TEDH aplicable a su caso.

Finalmente, el motivo f) alude a “cuando, resuelta una cuestión prejudicial por el Tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el Tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sentencia penal”. Constituye, a nuestro juicio, un motivo bien fundado para la eventual rescisión de sentencias penales firmes, pues una contradicción de tal índole entre pronunciamientos de órdenes jurisdiccionales diversos constituiría una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del reo (art. 24.1 CE) y a la par una tacha irreparable para la justicia material de la sentencia penal.

6. DISPOSICIÓN DEROGATORIA.

Esta disposición derogada los artículos 300, 387 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta ley”.

La derogación del artículo 300, relativo al objeto del proceso, se produce porque su contenido se incorpora al número dos del nuevo artículo 17 LECrim.

El artículo 387 dispone que no se podrá exigir juramento a los procesados, lo que ahora aparece, respecto del detenido y del sujeto pasivo, en el número 10 del nuevo artículo 118 LECrim.

Finalmente, el vigente artículo 395 establece que el procesado no podrá, con pretexto de la incompetencia del juez, excusarse de contestar a las preguntas que se le formulen. La derogación es lógica, dado que la Constitución de 1978, al reconocer en el artículo 24.2 el derecho de los inculpados a “no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, derogó tácitamente este artículo 395 (véase STS 7 de diciembre de 1984).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

7. MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA

Por medio de la Disposición final primera se modifica el apartado séptimo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que queda redactado en los siguientes términos: *no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.*

El vigente artículo 374.3 CP, en el ámbito de los delitos contra la salud pública, otorga potestad al órgano jurisdiccional para declarar la nulidad de los negocios que afecten a la *titularidad real* o a los *derechos* relativos a los bienes o efectos decomisados. Con ello se pretende atacar a los negocios jurídicos que tienen apariencia de legalidad, como las compraventas ficticias o las donaciones. Del mismo modo, el artículo 122 CP describe la denominada “receptación civil”, en cuya virtud han de ser restituidos los bienes procedentes de delitos que estén en manos de alguien a título lucrativo, mientras que la transposición de la Decisión Marco 2005/212 dio lugar a la reforma, en 2010, del comiso, para incluir en nuestro ordenamiento el llamado “comiso ampliado”. Y tras el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 cabe el autoblanqueo, la posesión por los propios responsables del delito como situación típica de blanqueo.

Por otra parte, en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013, en fase de tramitación parlamentaria, se introducen los artículos 127 bis a 127 seis, que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

amplían las posibilidades de comiso. Así, el artículo 127 bis, a partir de indicios objetivos fundados, para los delitos que se enumeran en un listado, permite ampliar el comiso. Entre estos indicios figuran en el número dos del artículo “la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos” o “la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida”.

En relación con este proyecto de reforma del Código penal, el anteproyecto de reforma de la LECrim que estamos comentando incluye un nuevo “Procedimiento de decomiso autónomo” en el art. 803 ter para cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos materiales del Código penal mencionados.

Por lo expuesto, con el fin de evitar que, entre tanto, surjan terceros de buena fe que impidieran la efectividad de este comiso (art. 127 CP), es justificada la reforma de la Ley Hipotecaria.

8. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

Por medio de la Disposición final segunda se introducen dos nuevos artículos 127 quinquies y 127 sexies, que inciden en la regulación de denominado “comiso ampliado” a los supuestos de condena por delitos que generan importantes beneficios económicos (Proyectado. 127 bis.1), delito continuado o indicios de patrimonio procedente de actividad delictiva previa.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En primer lugar hay que señalar la confusión que produce la referencia a la introducción en el Código penal de estos artículos quinquies y sexies, cuando el Código vigente tiene un único artículo 127.

Si se toma como referencia para la modificación el Proyecto en tramitación parlamentaria, hay que significar que el mismo ya contiene un artículo 127 quinquies (comiso de valor equivalente) y otro artículo 127 sexies (utilización provisional de los bienes decomisados), con una redacción distinta al presente Anteproyecto y que ha sido aprobado en el pleno del Congreso pasando ya a su tramitación para aprobación en el Senado. ¿El Anteproyecto pretende modificarlos?, ¿qué sucede con la regulación que contiene el Proyecto?, ¿queda suprimida y sustituida por la del Anteproyecto? O ¿debe entenderse que es la de este Anteproyecto la que decae ante la reciente aprobación parlamentaria del Proyecto de Código Penal?

Por otro lado, el “comiso ampliado” fue introducido en el segundo párrafo del apartado primero del artículo 127 CP, mediante la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, siguiendo las directrices de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero, sobre la base del *establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito*, como objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada.

Ahora, se pretende extender el ámbito del comiso ampliado, limitado en la actualidad a los delitos de terrorismo y a los cometidos por organizaciones criminales, a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos, concretamente: delitos contra la salud pública,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

falsificación de moneda, blanqueo, receptación, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, prostitución, explotación y abuso de menores, delitos informáticos y corrupción en el sector privado, así como a los supuestos de delito continuado y a los que existan indicios de que parte del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.

Los dos artículos comentados contienen una serie de indicios y presunciones referidos a la acreditación de la procedencia de los bienes.

El Consejo Fiscal estima que las indicaciones legales de apreciación indiciaria sobre la procedencia patrimonial no inciden ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Dichas indicaciones indiciarias han de operar respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en las que el imputado tenga la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra el. Sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado o generador de beneficios continuados y, además, dichos indicios son susceptibles de ser enervados mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado. Su configuración, por tanto, es similar al de una presunción “iuris tantum” que admitiendo prueba en contrario, será en todo caso objeto de valoración judicial.

Sin embargo, hay que significar que la regulación de las presunciones que introduce el Anteproyecto en el apartado 2 del artículo 127 quinquies y 127 sexies desvinculan la expresada apreciación indiciaria de alguna actividad delictiva concreta al introducir una serie de presunciones cuya aplicación puede llevar a la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

posibilidad de decretar el comiso ante cualquier enriquecimiento injustificado que resulte desproporcionado. Esto sí puede suponer una autentica inversión de la carga de la prueba y, por tanto, la posible vulneración del principio de presunción de inocencia.

Nada impide que las presunciones que se proponen por el Prelegislador, en los supuestos concretos en que adquieran un carácter indiciario pueden ser apreciadas en cada caso por los Tribunales, pero otorgarles carácter legal puede llevar a excesos que el propio Prelegislador reconoce al establece en el párrafo final del artículo 127 sexies que *el Juez o Tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.*

En consecuencia y sin perjuicio de considerar acertada la decisión del legislador de ampliación de las posibilidades de decretar el comiso de bienes de procedencia delictiva, se estima imprescindible una regulación mucho más detallada, congruente y armónica con el sistema que se adopte respecto de la institución del comiso.

9. OTRAS CUESTIONES

9.1 TRANSCRIPCIÓN DE DECLARACIONES DE INSTRUCCIÓN GRABADAS EN SOPORTE AUDIOVISUAL

El Anteproyecto no regula esta materia, pero parece oportuno y así se propone en este informe por el Consejo Fiscal, que se introduzca un artículo en la LECrim que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

aclare y solucione legislativamente el problema práctico relativo al modo de dejar constancia de determinadas diligencias o actuaciones de instrucción.

9.1.1- Práctica forense detectada

En el territorio de varias Audiencias se ha detectado un grave problema, originado por la negativa de algunos juzgados de instrucción a proceder a la transcripción de los actos de carácter oral registrados en la fase procedimental de instrucción, limitándose a entregar una copia de las grabaciones en DVD a las partes personadas, y negándose a levantar la correlativa acta o transcripción escrita de la diligencia, lo que provoca como se expondrá, importantes problemas y graves disfunciones en el procedimiento.

Y es que en efecto, desde finales de 2009 hasta la actualidad, en determinados Juzgados de Instrucción se ha ido imponiendo la práctica forense de recoger o documentar las declaraciones de imputados o de testigos prestadas en fase de instrucción, única y exclusivamente en formato audiovisual (grabación de las mismas en DVDs) sin extender la correspondiente acta o transcripción escrita.

Esta práctica judicial comenzó a imponerse al amparo de la modificación del art. 453.1º de la LOPJ, operada por *la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial* y de la adaptación de dichos artículos a la LEC, entre otros en los nuevos arts. 145 y 147 introducidos por *la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*, precepto este último que, según la práctica procesal que se discute, se considera de aplicación en los procedimientos penales en virtud de la cláusula de supletoriedad recogida en el art. 4 de la LEC.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

9.1.2 Problemas que dicha práctica plantea:

Esta práctica que se ha ido extendiendo sin mayores reflexiones, impulsada por el efecto expansivo de la LEC, la posición de los secretarios judiciales y las indudables ventajas de rapidez que proporciona al instructor, plantea sin embargo, numerosos problemas:

- 1) Salvo en los supuestos tasados legalmente previstos de la LECrim a los que se hará referencia más adelante, no tiene respaldo legal sólido que la fundamente, pues la LEC no es de aplicación supletoria sustitutiva de la LECrim en el sentido sostenido por los juzgados de instrucción defensores de esta práctica.
- 2) Los arts 145, 147 LEC, y arts 453.1 y 230 LOPJ invocados para sustentar la documentación de las declaraciones de instrucción única y exclusivamente mediante grabación audiovisual, no serían de aplicación en el sentido utilizado.
- 3) Puede infringir preceptos procesales de la LECrim con posible vulneración de derechos fundamentales (tales como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías).
- 4) No garantiza la autenticidad e integridad de las declaraciones.
- 5) La exclusividad de los secretarios en el ejercicio de la fe pública judicial no legitima sin más la documentación únicamente en soporte audiovisual en contradicción con la regulación de la LECrim.
- 6) La aplicación del art 714 LECrim en el juicio oral, queda gravemente cercenada, pues al estar las declaraciones tan solo recogidas en soporte



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

informático, sin su correlativa transcripción, el MF, las partes acusadoras y el propio tribunal difícilmente van a poder detectar y apreciar la contradicción entre lo que están declarando testigos e imputados en ese momento y lo que declararon en fase de instrucción y por tanto difícilmente se va a posibilitar la aplicación del Art. 714 LECrim: mediante la lectura de lo declarado y posterior invitación a explicar la contradicción, pues al estar en soporte informático la lectura o puesta en evidencia de la contradicción no podría producirse, y la reproducción audiovisual de las declaraciones en cada contradicción, dada su duración haría inviable la vista.

9.1.3 Argumentos esgrimidos por los Juzgados a favor de esta práctica:

Los juzgados de Instrucción y Audiencias provinciales que acuerdan no haber lugar a transcripción de declaraciones grabadas en soporte digital, entendiendo que es suficiente la documentación de las declaraciones en soporte exclusivamente audiovisual, lo hacen habitualmente en base a los siguientes argumentos:

- La LEC sería de aplicación supletoria de la LECrim (Art. 4 LEC) respecto de la documentación de las actuaciones.
- Serían por tanto de aplicación los Art. 147 LEC, 453.1 y 230 LOPJ, que según esta postura, permitirían la grabación de las declaraciones de instrucción en el proceso penal, así como el Art. 187 LEC que en su actual redacción tras la ley 13/2009 de 3-11 habría suprimido la previsión relativa a la oportunidad de realizar una transcripción escrita de lo grabado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- El Secretario ostenta competencia exclusiva sobre la documentación de actuaciones judiciales.
- Una interpretación extensiva de los arts 743 LECrim (introducido por Ley 13/2009) y 788.6 LECrim, que aunque referidos únicamente al juicio oral, son aplicados por algunos juzgados a la fase de instrucción.
- Finalmente se alega la dificultad material de su práctica, pues se alega que se producirían importantes problemas de logística, en cuanto los juzgados carecen de ordinario, de medios técnicos para la transcripción y se colapsaría por tanto la oficina judicial.

Siguen esta postura los Autos AP Barcelona sección 5ª de 26-5-2011 Rec. nº 292/2011; AAP Palencia nº 7/2014 de 20-1-2014; AAP Barcelona sección 5ª de 12-5-2011 Rec. nº 282/2011, entre otros.

9.1.4. Objeciones a esta praxis- Argumentos en contra:

Resulta imprescindible destacar, con carácter previo a la contraargumentación de estos argumentos, que no se discute la legalidad ni la legitimación para hacer uso de los medios de grabación audiovisual en la documentación de actos judiciales, sino su suficiencia, es decir, el hecho de que la documentación de las declaraciones se haga única y exclusivamente en soporte audiovisual por sustitución del acta escrita, sin estar acompañado de la misma. Grabación por tanto sí, pero como complementaria -en su caso- al acta escrita, no como sustitutiva de la misma.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Como señalan los Autos de la AP Valencia-sección 4ª- de 30-5-2008; de la sección 5ª de fecha 18-7-2006 y de la sección 3ª - nº 86/2010 de 10-2-2010-Rollo de Apelación nº 65/2010:

“...Examinado lo actuado, la Sala comparte plenamente el criterio del Ministerio Fiscal y de otras Secciones de esta Audiencia Provincial, entendiéndose que, en ningún momento se cuestiona la legalidad ni la legitimidad del uso de los medios audiovisuales de documentación de las declaraciones de imputados y testigos, sino la suficiencia de la misma, entendiéndose que además de la grabación en soporte digital, debe existir acta extendida bajo la fe del Secretario Judicial, como resulta de los arts. 401 y ss de la LECrim , y del art 46.5 de la LOPJ.”

“... hay que tener en cuenta que existen normas procesales penales, como son las que se ha hecho anteriormente referencia, que establecen la necesidad de acta escrita, y que siguen constituyendo un elemento esencial del proceso penal, permitiendo la aportación en el juicio oral del contenido de dichas diligencias...”

9.1.4.1. Sobre Aplicación supletoria de la LEC.

Como se ha expuesto, se acude sin más para defender la grabación de las declaraciones única y exclusivamente en soporte informático, a la aplicación supletoria de la LEC, en base a lo dispuesto en el Art. 4 LEC, respecto de la documentación de las actuaciones.

Interesa resaltar sin embargo, que el art 4 LEC, permite la aplicación supletoria de la LEC, “*en defecto de*” normativa específica en el proceso penal (no *por encima de*, o *en sustitución de*), de modo que para su aplicación, se exigiría la comprobación de la ausencia de normativa específica en la LECrim respecto de las



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

grabaciones de las declaraciones prestadas en fase de instrucción (otra cosa son las vistas, audiencia o comparecencias) lo que no ocurre en absoluto, pues en la LECrim existe ya una regulación específica sobre la materia, contenida entre otros en los arts 397, 416, 448, 437 párrafo 3º, 402, 443 párrafo 2º, 444, 445, 478, 714 y de la que se deduce que con carácter general, la LECrim se refiere siempre (implícita o explícitamente) a la consignación por escrito de las declaraciones, pues ni la reforma por Ley 13/2009, ni ninguna otra norma posterior han modificado la Ley procesal penal respecto a las declaraciones en la fase de instrucción.

- Solo excepcionalmente, la LECrim establece supuestos tasados y específicos, como únicos supuestos donde considera que es posible la grabación de declaraciones en fase de instrucción, no otros que los arts 777.2, 797.2 y 433 LECrim (Introducido por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)

En el art. 777.2 LECrim, en relación con la prueba anticipada en las Diligencias Previas, se dice que:

“cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el art. 797.2º LECrim en relación con la prueba anticipada en las Diligencias Urgentes, se establece que:

“Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Guardia practicará inmediatamente la misma, asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes”.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art 730.”

Por tanto, únicamente se admite la posibilidad de grabación cuando la diligencia en cuestión no pueda practicarse en la vista oral y con la finalidad de garantizar tanto la contradicción de las partes, como la posterior inmediación del tribunal a través de un soporte de videograbación. Dicha especialidad está prevista a los exclusivos fines de su valoración como prueba en sentencia, para lo cual la parte a quien interese, deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia en los términos del artículo 730 de la LECrim. (Así lo disponen los arts. 777.2 y 797.2 LECrim).

En el art. 433 de la LECrim. y respecto de los testigos menores de edad el mismo dispone que será el juez el que *“podrá acordar la grabación de la declaración”*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

- Finalmente, la LECrim permite la grabación audiovisual pero referida únicamente al juicio oral (art. 743 y 788.6 LECrim).

Por lo tanto, como indica el Auto AP Islas Baleares-sección 2ª- nº 22/2012 de 23-1-2012- Rollo 446/2011:

"la LECrim regula la grabación en soporte audiovisual únicamente referida al Juicio Oral (artículo 74) y la necesidad de levantar acta escrita en la fase de instrucción para testigos e imputados en los artículos (entre otros): 443, 444, 445, 446, 448, 449, 450, 452, 453, 402, 402, 404, 408, sin que admita la posibilidad de documentarlo exclusivamente en soporte audiovisual".

En conclusión, las disposiciones antes mencionadas, ponen de manifiesto por tanto, la existencia de una regulación específica en la norma procesal penal que impide la aplicación supletoria sustitutiva de la LEC, ya que dicha supletoriedad solo se haría efectiva, según el art. 4 de dicho texto legal, *en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales...* y como se ha expuesto, existe una normativa específica en el proceso penal respecto de la práctica de las declaraciones de instrucción, que establece con carácter general la forma escrita y de modo excepcional los supuestos tasados donde se permite la grabación.

Estos supuestos previstos por el legislador para la grabación de las declaraciones, no son otros que las grabaciones en preconstitución o anticipación de la prueba, ya sea para los casos en los que se prevea que la misma no se pueda llevar a efecto en la vista oral (art. 777.2, 797.2 LECrim.) o para aquellos en los que se pretende evitar una victimización secundaria (art. 433 LECrim), supuestos todos donde la contradicción entre las partes ya se ha anticipado y donde dichas diligencias han quedado, por decirlo de algún modo, "cerradas y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

concluidas”, y únicamente pendientes de su completa e ininterrumpida reproducción en la vista oral.

Por otro lado, examinando los artículos modificados de la LECrim por la Ley 13/2009, parece que el legislador no ha deseado que las declaraciones prestadas en instrucción fuesen objeto de grabación, puesto que si hubiera estado en su voluntad suprimir el acta escrita y sustituirla por la grabación, así lo habría contemplado expresamente en las sucesivas reformas.

(Que el legislador en las sucesivas reformas mantenga la documentación por escrito del material instructorio tiene todo el sentido, en la medida en que la documentación escrita no tiene una finalidad coincidente con la de mera documentación de un juicio oral presidido por la inmediación y oralidad; sino que al contrario, se trata de un material que pueda ser utilizado luego por personas que no han intervenido en esa fase instructoria).

En suma, la LEC no es de aplicación supletoria *sustitutiva* de la LECrim (en sustitución o por encima de), sino a lo sumo, de aplicación (supletoria) *complementaria* (en complemento de, en lo que no se oponga a) a la LECrim.

Vid en este sentido el Auto AP Valencia –sección cuarta-de 30-5-2008, Rec. nº 177/20088 (Pte. Ferrer Tarrega, Carmen):

“lo que debe entenderse, como que hay determinados actos que deben hacerse constar por escrito, teniendo además en cuenta, que las disposiciones de la LEC no derogan lo dispuesto en la LECrim sino que la complementan”.

O el Auto AP Valencia-sección 3ª- de 10-2-2010-Rec. nº 65/2010:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

“Partiendo de la base de que la LEC tiene carácter supletorio y que por tanto, no deroga las disposiciones de otras normas procesales que sean contrarias a ella, hay que tener en cuenta que existen normas procesales penales, como son las que se ha hecho anteriormente referencia, que establecen la necesidad de acta escrita, y que siguen constituyendo un elemento esencial del proceso penal, permitiendo la aportación en el juicio oral del contenido de dichas diligencias”.

En el mismo sentido, negando la aplicación supletoria de la LEC como sustitutiva de la LECrim a la grabación de declaraciones de instrucción, el Auto AP Islas Baleares-sección 2ª- nº 22/2012 de 23-1-2012- Rollo 446/2011; y el Auto Audiencia Provincial de Girona, sección 3ª, de 4-4-2003, nº 192/2003, Rec. 200/2003. (Pte: Capdevila Salvat, Carmen)

9.1.4.2. Sobre Aplicación de los Art. 453.1 y 230 LOPJ y Art. 145, 147 LEC

La LEC no es por tanto de aplicación supletoria sustitutiva de la LECrim en materia de declaraciones de imputados y testigos; pero es que además, aunque se admitiese su supletoriedad, los preceptos citados tampoco permiten sino una interpretación forzada, la documentación de las declaraciones exclusivamente en formato audiovisual mediante grabación (otra cosa será para las vistas, comparecencias o similares):

El art. 453.1º de la LOPJ dispone que:

“corresponde a los Secretarios judiciales, 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



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del Secretario judicial, en los términos previstos en la Ley. En todo caso, el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido”.

De su lectura detallada, se concluye que la producción de hechos con trascendencia procesal se realizara mediante las oportunas actas y diligencias y que la utilización de medios técnicos de grabación o reproducción, es una posibilidad, no una imposición preceptiva, que en modo alguno supone que estos medios no puedan ir acompañados de actas escritas, y menos que tales “medios técnicos”, supongan que quedan suprimidas las actas escritas de las diligencias de declaración de imputados o testigos.

El art. 230 de la LOPJ, dispone en su apartado primero que:

“los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación”.

Y en su apartado segundo que:

“los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por tanto, se admite la utilización de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de la actividad y ejercicio de las funciones judiciales, pero se condiciona su utilización no solo a las limitaciones de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sino a las *“demás leyes que resulten de aplicación”* (es decir la normativa antes expuesta de la LECrim).

Por su parte, el apartado segundo establece que los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original, pero siempre que quede garantizada además de su autenticidad e integridad, *el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”* (los ya expuestos en la regulación de la LECrim).

Por su parte el art. 147 LEC bajo el título *documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido*, prevé que:

“las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario judicial atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen. En estos casos, el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el artículo anterior. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales”.

Pues bien, basta la mera lectura del art. 147 LEC, para concluir sin esfuerzo, que el citado precepto no sería aplicable, (lo mismo sucede para el art 187 LEC, con frecuencia utilizado para defender tanto la grabación, como la no transcripción (en base a la modificación operada en el mismo que suprimió el inciso inicial que contenía relativo a la posibilidad de transcripción escrita) dado que no se refiere a la toma de declaraciones, sino solo a las vistas, comparecencias y audiencias:

“las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen.”

Y de lo que aquí se trata, es de la declaración en instrucción del imputado o de los testigos, las cuales en ningún modo son equiparables a una *“vista, audiencia o comparecencia”*

Los términos *“comparecencia” “vista” o “audiencia”* del art. 147 LEC no se pueden entender ni en el sentido de personación en la causa, ni en el de presencia ante el Juzgado o Tribunal para declarar los imputados o testigos, sino en el sentido de audiencias, vista o vistilla oral, es decir, actos ante el Juez o Tribunal en el que concurren las partes a fin de resolver sobre una cuestión en concreto (así p.e, la audiencia para resolver sobre la prisión provisional del art. 505 LECrim, denominada en el mismo artículo como *“audiencia”* pero a su vez denominada *“comparecencia”* en los art. 539, 544 bis cuando se remiten al referido 505; o la comparecencia o vista del 759 LECrim cuando se convoca a las partes para



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

resolver sobre cuestiones de competencia entre juzgados o tribunales, o la “audiencia” de la orden de protección del nº 4 del art 544 ter LECrim, etc.).

En definitiva, si se aceptara la aplicación supletoria de la LEC habría de atenderse no al art 147 LEC, sino en todo caso a lo dispuesto en el art. 146 LEC titulado *documentación de las actuaciones*; y ni aun así permitiría sustentar la documentación de las declaraciones única y exclusivamente en soporte informático, puesto que:

El art 146. 1 y 146.2 primer inciso de la LEC, exigen con carácter general la documentación por medio de actas u diligencias:

Art 146.1 *“Las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas y diligencias”*.

Art 146.2 primer inciso: *“Cuando la ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado”*.

Y el art 146.2 segundo inciso, que es el que podría invocarse para sustentar la grabación, establece:

“Si se trate de las actuaciones que , conforme a esta ley, hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción...”

De modo, que al referirse expresa y directamente a *“conforme a esta ley”*, es difícil predicar la extensión a otros órdenes procesales distintos, y además es obvio que este inciso debe completarse necesariamente con el Art siguiente, el 147, que establece cuándo deben documentarse las actuaciones en soporte audiovisual: sólo *“las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias”*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En definitiva, los preceptos citados (arts 453.1 y 230 LOPJ y Art. 145, 147 LEC) no permiten sustentar la documentación de las declaraciones de imputados y testigos única y exclusivamente en soporte audiovisual; cosa distinta será, que documentándose en forma escrita (arts 443 al 446, 448 al 450- 452, 453, 402, 404, 408 LECrim) puedan invocarse dichos preceptos para además, grabar las declaraciones (la LECrim no lo prohíbe).

9.1.4.3. Fe pública judicial, y competencia exclusiva de los Secretarios judiciales

Otro argumento utilizado para defender la documentación exclusivamente en formato audiovisual, es el de esgrimir que la exclusividad de los secretarios judiciales respecto a la fe pública en las actuaciones procesales, les permite decidir cómo se plasman las declaraciones sumariales.

Cierto es que conforme al ya citado art. 453.1º de la LOPJ, corresponde a los Secretarios en exclusiva el ejercicio de la fe pública judicial:

“corresponde a los Secretarios judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial”

De igual modo, el art 145.1 LEC, en términos similares al artículo anterior, establece que:

“corresponde al Secretario judicial con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial en las actuaciones procesales “



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Ahora bien, que les corresponda en exclusiva el ejercicio de la fe pública judicial no quiere decir que dichos fedatarios dispongan de una potestad ilimitada, sin control alguno de legalidad (Art. 452.1 LOPJ: *los secretarios judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad...*) que les permita decidir discrecionalmente la forma de documentación de las declaraciones, pues el propio art. 230.1 de la LOPJ dispone en relación a los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos que, si bien los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera de ellos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, habrá de ser *con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen las leyes que resulten de aplicación*.

De igual modo el apartado 2º de dicho artículo dispone que los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, *gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizado ya no solo su autenticidad e integridad sino el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales*.

En consecuencia, la utilización de dichos soportes electrónicos (en el caso que tratamos, las grabaciones digitales de las declaraciones) tendrá como límite lo dispuesto en las normas procesales que resulten de aplicación.

Habrà que acudir, por tanto en este caso, a lo dispuesto en la LECrim, la cual solo prevé de forma preceptiva las grabaciones de actuaciones procesales respecto de las pruebas anticipadas (Art. 777.2 y 797.2 LECrim) y respecto de los Juicios Orales (art 743 y 788.6 LECrim), salvo que por cualquier causa los medios de registro (grabación) previstos no se pudiesen utilizar, y ello en virtud de la modificación operada por la Ley 13/2009 que así lo dispuso en el art. 743 para el Procedimiento Ordinario, en el art. 788.6 para el Procedimiento Abreviado, en el 972 para el Juicio de Faltas y en el 791.3 para las vistas de apelación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En cualquier caso, visto el tenor del mencionado art. 433 LECrim, donde la decisión se atribuye de forma exclusiva al Juez de Instrucción, no parece que sea el Secretario judicial el que en el proceso penal tenga la facultad discrecional e ilimitada que se pretende, puesto que no solo carecería de sentido que su decisión prevaleciese sobre la del Juez de Instrucción, sino que estuviese por encima de lo dispuesto legalmente.

9.1.4.4. Infracción de preceptos procesales de la LECrim con posible vulneración de derechos fundamentales

Además de que la documentación de las declaraciones de instrucción única y exclusivamente en soporte audiovisual (mediante la grabación de las mismas), fuera de los supuestos previstos legalmente, no resultan ajustadas a derecho (al realizarse sin una base legal adecuada para ello e infringiendo la normativa procesal específica de la LECrim), dicha forma de documentación puede vulnerar algunos preceptos de la LECrim y llegando a afectar a derechos fundamentales, así:

- Esta práctica puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de que son titulares los justiciables, puesto que vulnera el art 402 LECrim que establece de forma preceptiva la lectura de su declaración en su presencia (a diferencia de lo dispuesto en el art. 443 LECrim respecto de los testigos, donde solo es preceptivo en caso de imposibilidad del testigo para hacerlo por sí mismo o en caso de haber precisado intérprete), lectura que habrá de hacer el imputado por sí mismo o en su defecto el Secretario judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esta “obligada” lectura de la declaración previamente prestada por el imputado no está prevista como un mero formalismo o con el fin de atribuirle al imputado una función de *“corrector de estilo”*, sino para que una vez leída su declaración, si lo estima oportuno, pueda rectificar, aclarar o puntualizar sobre lo ya declarado y prueba de ello es que en el artículo siguiente se dice que *“se observará lo dispuesto en el artículo 450 respecto a tachaduras o enmiendas”* y en este: *“no se harán tachaduras, enmiendas ni entrerrenglonaduras en las diligencias del sumario. A su final se consignarán las equivocaciones que se hubieren cometido”*.

Pues bien, en las grabaciones de las declaraciones que se practican en instrucción y una vez finalizadas las mismas, la practica forense evidencia que prácticamente *nunca* se procede a su visionado por parte del imputado en sustitución de la lectura, lo que supone que se le está privando del derecho a clarificar o precisar aquellos puntos de su declaración que considerase conveniente en interés de su defensa, y por ende tampoco a su posible corrección mediante nueva declaración grabada.

- Se pone en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva tanto del Ministerio Fiscal como de las partes, al dificultar sobremanera, casi impedir hacer uso en el juicio oral del expediente previsto en el art. 714 de la LECrim, que dispone que cuando las declaraciones prestadas en el juicio oral no sean conforme, en lo sustancial, con la prestada en el sumario, podrá *pedirse la lectura* de ésta por cualquiera de las partes. Y después de *leída*, el presidente invitará al declarante a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

Nótese, que el problema no es baladí, sino de importancia enorme, pues conforme a pacífica doctrinal jurisprudencial (SSTS 11-2-1994; STS 24-3-1994; STS 145/97 de 8-2; STS 161/97 de 4-2, STS 28-11-2006; STS nº 1187/2005 de 21-10, etc.), se permite enervar la presunción de inocencia y dictar sentencia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

condenatoria en base a las declaraciones de instrucción contradictorias con las del juicio oral, pero siempre que se evidencie en juicio la discrepancia o contradicción entre ambas mediante la realización de lo preceptuado en el citado art 714 LECrim.

Pues bien, la constancia en la causa tan solo de las copias en DVDs de las grabaciones audiovisuales de las declaraciones de imputados y testigos, sin las correlativas transcripciones escritas de las mismas, supone a los efectos del art 714 LECrim:

- Que el día del juicio oral, las partes acusadoras, MF, defensas y el propio tribunal no van a poder detectar y apreciar las contradicciones entre lo que están declarando testigos e imputados en ese momento y lo que declararon en fase de instrucción, salvo que hayan extractado con anterioridad la totalidad de lo declarado (pues la contradicción puede producirse en cualquier parte de lo declarado) o recuerden memorística y específicamente lo declarado por haber estado presentes en la declaración de instrucción (lo que no siempre sucede).
- Que aun advertida la contradicción, para posibilitar la aplicación del Art. 714 LECrim mediante la lectura de lo declarado (o evidencia de la discrepancia-STs 8-7-97- según exige el art. 714 párrafo 1º LECrim) y posterior invitación a explicar la contradicción conforme exige el art 714 párrafo 2º LECrim, sería necesario la reproducción audiovisual de lo declarado en instrucción para cada contradicción (no se podrían utilizar a estos efectos, las notas o transcripciones que realicen las partes por su cuenta, no solo por no estar averdadas por el fedatario judicial, sino porque incluso podrían no llegar a ser coincidentes); reproducción que además de poder resultar en ocasiones técnicamente inviable, (pues no es infrecuente que el CD no se pueda reproducir por problemas técnicos, o que la calidad de su audio sea ínfima), dada su duración (la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

reproducción es a tiempo real) y dado el numero de partes intervinientes, haría prácticamente inviable la vista del juicio oral.

Esta dificultad ya ha sido apreciada por la jurisprudencia menor (convirtiéndose en un argumento importante para defender la transcripción), así:

Auto AP Valencia- Sección 5ª de 18-7-06:

SEGUNDO: “Pero la solución dada en estos términos pudiera resultar en extremo simplista, como si se tratase sin más de acceder a una pretensión caprichosa, infundada y gravosa para el Juzgado de Instrucción.

Nada más lejos de ello; aquella nota de utilidad y adornada esta vez con el calificativo de manifiesta, pone de relieve la absoluta imposibilidad práctica de que se lleve a cabo la prueba testifical en el juicio oral si las declaraciones en instrucción constan sólo en soporte grabado, la cosa podía llegar a extremos exasperantes en el caso del juicio”

Auto AP Valencia-sección cuarta- de 30-5-2008, Rec nº 177/2008 (Pte Ferrer Tarrega, Carmen)

CUARTO- “Es frecuente que en el acto de juicio oral, algún testigo o acusado niegue o modifique sustancialmente lo declarado durante la instrucción, y en tales supuestos se hace imprescindible acudir a la transcripción en papel, a fin de “recordarles” lo declarado con anterioridad”

Auto AP de Valencia-sección 3ª- nº 86/2010 de 10-2-2010-Rollo de Apelación nº 65/2010.

“Es frecuente que en el acto de juicio oral, algún testigo o acusado niegue o modifique sustancialmente lo declarado durante la instrucción, y en tales supuestos se hace imprescindible acudir a la transcripción en papel para constatar lo declarado con anterioridad, y ello pone de manifiesto la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

absoluta imposibilidad práctica de que se lleve a cabo la prueba testifical en el juicio oral, si las declaraciones en instrucción constan solo en soporte grabado, generando, en todo caso, como mínimo, un entorpecimiento en el desarrollo del juicio, totalmente contrario al espíritu que rige para la implantación de este tipo de medios técnicos que es agilizar el trámite procesal, ya que produciría un resultado totalmente opuesto al deseado.

Se debe procurar un empleo racional y razonable de todos los medios de que dispone la administración de justicia para la mejor aplicación de las normas procesales, y entre esos medios se encuentra la documentación escrita para que los interrogatorios en el juicio puedan llevarse a cabo de forma eficiente y congruente con los principio que informan el juicio oral.”

El ya citado Auto AP Islas Baleares-sección 2ª- nº 22/2012 de 23-1-2012- Rollo 446/2011, establece sobre el particular:

”por la experiencia de este Tribunal, no sólo son frecuentes las deficiencias en la grabación audiovisual de actos y diligencias, sino, sobre todo, que los juicios son más ágiles cuando en vez de la reproducción de la grabación, se leen los pasajes que interesan cuando se interroga a acusados, testigos y peritos.”

Auto AP Valencia -Sección 3ª- nº 202 de 6 de Abril de 2010:

“no resulta infrecuente que en el acto del Juicio Oral, algún testigo o acusado niegue o modifique sustancialmente, o en algún extremo lo declarado durante la instrucción, y en tales supuestos se hace imprescindible acudir a la transcripción en papel para constatar lo declarado con anterioridad...si las declaraciones en instrucción constan solo en soporte grabado, generan, en todo caso, como mínimo, un entorpecimiento en el desarrollo del juicio, totalmente contrario al espíritu que rige para la implantación de éste tipo de medios técnicos, que es agilizar el trámite procesal, ya que produciría un resultado totalmente opuesto al deseado”.

Ello además incrementa el riesgo de que el Tribunal pueda fundadamente denegar el visionado de la grabación, decisión esta última que estaría suficientemente justificada ya no solo por el tenor literal actual del artículo 714 LECrim, sino por la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

imposibilidad de señalar y localizar el instante de la grabación donde se ha generado esa contradicción, lo que obligaría al visionado, si no de la totalidad de lo grabado, sí de gran parte de la declaración.

Por otro lado, el Tribunal también podría justificar la denegación por entender que, de admitirse el visionado en el acto de juicio de la totalidad o de gran parte de la declaración prestada en instrucción -y no solo de aquellos puntos donde se genera contradicción- el mismo se estaría realizando en fraude de ley al traer un testimonio de la instrucción a la vista oral, convirtiendo el art. 714 en un 730 de la LECrim.

Finamente, en caso de rechazo de dicha solicitud, nos encontraríamos con que, si el MF o las partes, previamente no han agotado, ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia, todas las vías para corregir o subsanar dicho “defecto procesal”, no cabría alegar indefensión y carecerían de opción alguna de recurso por inadmisión indebida de la prueba al no poder ir contra los propios actos por haber consentido implícitamente dicha irregularidad durante todo el proceso, y en similar situación de indefensión nos podríamos encontrar si aún admitiéndose inicialmente por el Tribunal de enjuiciamiento el visionado del mismo, por cualquier razón el DVD en cuestión no pudiera ser finalmente reproducido.

Conscientes del que las declaraciones exclusivamente recogidas en soporte informático impiden sobre manera la aplicación del art 714 LECrim, la Audiencia Provincial de Valencia en sus 5 secciones ha acordado por unanimidad en fecha 6-6-2013 y en el punto 7 de los acuerdos procesales y procedimentales para unificación de doctrina:

...”Las declaraciones de encausados, testigos y peritos en sede o fase de investigación o instrucción deben consignarse en acta escrita en la que constará la fecha, la hora



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

y los nombres de los asistentes, a los efectos de su valoración en fase de recurso o para poder dar cumplimiento a las previsiones del artículo 714 de la LECrim; y podrán ser documentadas además en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, sin perjuicio de las especialidades previstas legalmente para los supuestos de preconstitución de la prueba..” (unanimidad).

- Finalmente, la discutible decisión de documentar las declaraciones solo mediante grabación de las mismas (fuera de los supuestos previstos legalmente), podría conllevar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el art. 24.2 de la CE, pues la ausencia de la constancia por escrito de las declaraciones prestadas en instrucción obliga tanto al propio Juez de Instrucción, como a los correspondientes tribunales de apelación y a todas y cada una de las partes intervinientes, a visionar las videograbaciones, (paradójicamente, la grabación se utiliza de ordinario en los procedimientos más complejos, donde hay mayor número de declaraciones y donde estas son más extensas) lo que supone estudiar y examinar la instrucción ya realizada a “tiempo real”, generando de este modo un retraso innecesario e injustificado en la tramitación del procedimiento (piénsese en la resolución de recursos en procedimientos con multitud de declaraciones de imputados o testigos, que obligan al instructor o a la Audiencia a visionar las declaraciones, o en la labor del Juez que en instrucción se haya hecho cargo del procedimiento con posterioridad).

9.1.4.5. Autenticidad e integridad de las declaraciones

Otra cuestión relevante es la relativa al valor de las grabaciones que se unen al procedimiento incorporando las declaraciones prestadas en instrucción, cuando no van acompañadas de su correlativa transcripción escrita, las cuales siempre son copia de las grabaciones originales que han quedado en el disco duro del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ordenador del Juzgado correspondiente, y si dichas copias o incluso la grabación original ofrecen las garantías de seguridad, autenticidad e integridad que exigen tanto el art. 147 de la LEC como el 230 de la LOPJ, diciendo este en su apartado segundo que: *“los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”*.

En la actualidad dichos soportes digitales, al carecer todavía de firma electrónica y al no estar protegidos tal y como exige alternativamente el tan mencionado art. 147 de la LEC por *otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías*, son susceptibles de sufrir fáciles manipulaciones, lo cual provoca serias dudas en relación a su valor como documentos auténticos, dadas las elevadas exigencias legales al respecto (La manipulación se puede realizar con sencillos y gratuitos programas de edición de video fácilmente descargables de Internet. En cuanto al archivo original residenciado en el ordenador del juzgado, al carecer de firma electrónica que delate la manipulación, el original puede ser fácilmente sustituido por otro. De igual modo a las copias de CD o de DVD que obran en el procedimiento o a las que se facilitan a las partes, se les puede añadir un archivo ya manipulado si a la hora de grabar dicho soporte la “sesión se ha dejado abierta”, por no decir que en muchos casos se podrá sustituir el CD o DVD que obra en la causa ya que en no pocas ocasiones no aparece firmado o con sello que lo identifique. Respecto de las personas que pudieran realizar la manipulación, no debemos pensar que puedan ser únicamente las partes intervinientes en el proceso, sino cualquiera que tenga acceso al ordenador del juzgado o a la causa).

Así, la firma electrónica debe ser facilitada por un prestador de servicios de certificación tal y como dispone el art. 2.2 de la *Ley 59/2003, de 19 de diciembre*,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de firma electrónica, la cual considera “documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente” (apartado 5 del art. 3), el cual será soporte entre otros de “documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso” -letra a) del apartado 6 del art. 3-.

Por otro lado, el art. 146.2 de la LEC no solo dispone que *“cuando la ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado”* sino también que si el Secretario judicial no dispusiese de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, el mismo deberá consignar en el acta los siguientes extremos: número y clase de procedimiento, lugar y fecha de celebración, tiempo de duración, asistentes al acto, peticiones y propuestas de las partes, en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas, resoluciones que adopte el Juez o Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

En consecuencia, el incumplimiento de dichas exigencias en el registro y plasmación de las actuaciones procesales puede afectar al derecho de los ciudadanos a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la CE, y ello cuando la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 lo que pretendía con la reforma de los art.145 y siguientes de la LEC era precisamente reforzar las garantías del justiciable.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

9.1.5 Conclusión- necesidad de regular la obligatoriedad de la transcripción escrita de las declaraciones realizadas en instrucción

De todo lo expuesto se concluye sin esfuerzo, que el origen del problema no es otro que la citada práctica de recoger única y exclusivamente en soporte informático, (pues nada impediría, puesto que la LECrim tampoco lo prohíbe, que se recogieran por escrito y además en soporte informático Vid el Acuerdo nº 7 de la Audiencia Provincial de Valencia en sus 5 secciones y por unanimidad de fecha 6-6-2013) ya citado.) las declaraciones de imputados y testigos en la fase de instrucción en el proceso penal, con carácter general y fuera de los excepcionales supuestos habilitados para ello (caso de los Art. 443, 777.2 y 797.2 LECrim).

Por ello, y aun cuando la transcripción de las declaraciones recogidas en este formato, no soluciona evidentemente el problema (que radica en la extensión de la práctica ya expuesta y que debería ser corregida), y además genera problemas de intendencia no desdeñables (la dificultad de la transcripción), en parte lo mitiga.

No resuelve obviamente la cuestión relativa a la vulneración del derecho del imputado a leer su declaración (Art. 402 LECrim), ni tampoco resuelve las dudas sobre la autenticidad e integridad de la grabación y de su copia en soporte digital; pero aun así, remedia de alguna forma la posible vulneración de lo previsto en el art 714 LECrim (ya expuesta *ut supra*) al permitir a las partes, MF y Tribunal: 1) poder detectar sin esfuerzo la contradicción de lo que esta declarando el imputado o testigo con lo declarado en instrucción, 2) realizar fácil y rápidamente la lectura de la declaración sumarial para evidenciar también sin dificultad la diferencia o contradicción, exigencias necesarias para poder utilizar la declaración de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

instrucción como prueba de cargo para la condena en base a la jurisprudencia de desarrollo del art 714 LECrim.

La documentación de las diligencias no esta destinada solo a servir al Juez de Instrucción (que dispone de oficina penal de apoyo que le auxilia) para decidir la apertura del juicio oral, sino que esta también destinada a que las partes puedan preparar el juicio y a que este, pueda celebrarse razonablemente, como exigen los principios que lo informan.

En similares términos se pronuncia el Auto 22/2012 de 23 enero 2012 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, que al revocar el auto del juzgado de instrucción en el que se denegaba la transcripción de las grabaciones de las declaraciones de imputados y testigo, acordando se proceda a su plasmación por escrito, manifiesta:

“las diligencias que se practican en la fase de instrucción lo son con vocación de articular prueba de cara a un posible juicio oral; quienes tienen que administrar la prueba son las partes y a ellas corresponde señalar, con respeto eso si de las prescripciones legales, como practicar las diligencias”.

Frente a la procedencia de la transcripción, aquí defendida, no pueden oponerse (como en ocasiones se hace por las resoluciones judiciales denegatorias de la transcripción) consideraciones jurisprudenciales relativas a otros tipos de transcripciones, tales como las recaídas sobre las transcripciones de las grabaciones policiales de escuchas telefónicas (es doctrina del TS que siendo una medida facilitadora no constituyen un requisito legal, sólo constituyen un medio contingente y por tanto prescindible, que facilita la consulta y constatación: STS nº 6644/2008 Rec. nº 10265/2008 Nº de Resolución: 777/2008 de dieciocho de noviembre de dos mil ocho; o STS 278/2010 de 18-1-2010-Rec nº 10803/2009,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

entre otras) obviamente no aplicables al supuesto del que aquí se trata con el que nada tienen que ver (transcripción de declaraciones de testigos e imputados, prestadas en fase de instrucción y a presencia judicial, que hayan sido grabadas); o como las recaídas sobre transcripción de declaraciones de instrucción en el Tribunal del Jurado, a efectos de la aplicación del art 46.5. L.O.T.J, dado que este supuesto no es parificable al que nos ocupa, en la medida que la regulación del Procedimiento de Jurado resulta una excepción a las reglas generales de la prueba en el juicio oral, por cuanto el art 46.5 LOTJ no permite dar lectura a las declaraciones de instrucción, solo presentar testimonio para unir al acta, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.1.b) de la misma Ley Orgánica, y además las declaraciones realizadas en fase de instrucción no se encuentran en el juicio oral en el testimonio que está a disposición del Tribunal, pues esas declaraciones no se incorporan, según este precepto, al testimonio que el Juez de Instrucción debe remitir, por no tratarse de actuaciones no reproducibles.

- Finalmente tampoco sería asumible para denegar la transcripción el argumento relativo a la dificultad o Imposibilidad logística de su práctica, que suelen denunciar los instructores (que el juzgado carece de medios técnicos para la transcripción y se colapsaría la oficina judicial) pues aun reconociendo que la dificultad existe, es evidente que en nuestro sistema procesal penal es la procedencia jurídica, necesidad y utilidad, las que determinan la práctica de las diligencias, no las dificultades materiales para ello.

De hecho, este argumento no se ha considerado insalvable para acordar la transcripción en los Autos AP de Girona, sección 3ª, de 4-4-2003, nº 192/2003, Rec. 200/2003 (Pte: Capdevila Salvat, Carmen); Auto AP Valencia- sección 4ª- de 30-5-2008-Rec. Apelación nº 177/2008 (Pte: Ferrer Tarrega, Carmen).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

De modo que en supuestos como el que nos ocupa (denegación por el Juez de Instrucción en base a la aplicación supletoria de los arts 147 LEC y 453.1 LOPJ de las transcripciones interesadas por el MF, de las declaraciones grabadas audiovisualmente) gran parte de las Audiencias Provinciales han resuelto acordar procedente la transcripción, con argumentos similares a los aquí defendidos, así entre otros los Autos:

Auto AP de Girona, sección 3ª, de 4-4-2003, nº 192/2003, Rec. 200/2003 (Pte: Capdevila Salvat, Carmen); AAP Badajoz –Sección 3ª- nº 21/2005 de 17-2-2005; Auto AP Valencia-Sección 5ª- de 18 de Julio de 2006; Auto AP Valencia -Sección 4ª de 30 de Mayo de 2008- Rec. nº 177/2008; Auto de AP Valencia-Sección 3ª nº 673/10 de 22 de Noviembre de 2010; Auto de AP Valencia- Sección 3ª- nº 202 de 6 de Abril y Auto AP Valencia –sección 3ª- nº 86/2010 de 10 de Febrero de 2010 (Pte Regina Marrades Gómez) ; Acuerdo no jurisdiccional de las secciones 2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 20ª, 21ª, 22ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28-3-2013, que ordenan al instructor realizar la transcripción conforme a lo solicitado.

Por ello parece conveniente aprovechar la ocasión de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incluir un precepto -en la línea del artículo 119 LECrim- cuyo tenor literal podría ser el siguiente: *en la fase de instrucción, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el juez ordenará la transcripción mediante acta escrita del contenido de las vistas, declaraciones, audiencias y, en general, de todos los actos de carácter oral registrados en soporte audiovisual.*

9.2 TRATAMIENTO DE LAS FALTAS

Desde hace años existe una preocupación, no sólo desde la Fiscalía, de una utilización más eficaz y racional de los medios de que dispone el Ministerio Fiscal



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en particular y la Administración de Justicia en general, dirigida a evitar o, al menos, reducir al máximo, la dedicación de tiempo y esfuerzo a asuntos de escasa relevancia penal como son las faltas.

Por parte de la Fiscalía ha habido diversos pronunciamientos en este sentido, materializados en las Memorias de la Fiscalía General del Estado, acuerdos e informes del Consejo Fiscal, el Libro Blanco del Ministerio Fiscal y, finalmente, en el informe elaborado por el Grupo de Trabajo constituido por decisión del Fiscal General del Estado, en el que se realizan una serie de propuestas. A todo ello, cabe añadir la propuesta elaborada por el Grupo Penal del CGPJ, en el que también está integrado la Fiscalía General del Estado, sobre la derogación del Libro III del Código Penal que va en la misma línea del informe elaborado por el Grupo de Trabajo de la Fiscalía General del Estado.

El Proyecto de Ley Orgánica (publicado en el Boletín del Congreso de 4 de octubre de 2013) por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (en adelante PRCP) apuesta por una derogación de las faltas, idea que, en principio, ha de compartirse, si bien la alternativa que se propone no se presenta como satisfactoria.

Esta derogación de las faltas, aparentemente, es total, puesto que desaparecen como tales en su nomenclatura y se deroga por completo el Libro III del CP, pero, en realidad, implica una despenalización escasamente parcial de tales conductas en la medida en que frente a aquellas que sí se despenalizan, otras conductas se mantienen en la esfera penal y pasan a integrarse en una nueva, y no exenta de problemas, categoría de *delitos leves*.

Redenominar tales faltas delitos leves no añade sino posibles complicaciones. Con ello no se despenaliza la conducta, por más que pueda afirmarse que ya no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

existen las faltas. Y si, por el contrario, a través de su calificación de “delito”, aun leve, se equiparan en principio y por defecto las consecuencias accesorias de modo extensivo (efectos sobre la suspensión condicional o libertad condicional, etc), exigiendo por ello constantes referencias a modo de excepción para estos delitos leves que no harán sino complicar su tratamiento.

Además, el Proyecto de reforma del CP aborda cuestiones procesales: pese a configurar las conductas que mantiene como delitos leves, se decanta por mantener la tramitación de tales delitos leves por el juicio de faltas.

El hecho de calificar como delito leve lo que eran faltas y mantener el juicio de faltas para su persecución supone, en expresión crítica del Consejo Fiscal en el informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal, un reetiquetado que deja prácticamente subsistente el actual estado de cosas.

En síntesis, las posturas de la Fiscalía General del Estado, a través del Grupo de Trabajo sobre las faltas, cuyas conclusiones hace suyas el Consejo Fiscal, y del Ministerio de Justicia en el tratamiento de las faltas son las siguientes:

- La FGE plantea despenalizar algunas faltas, dejar las restantes en el Libro III como faltas (no pasarlas a delitos leves), exigir para su persecución denuncia (salvo las faltas contra menores, personas desvalidas o violencia de género o familiar), tramitarlas por el procedimiento del juicio de faltas, y que el Fiscal al amparo del art. 969.2 LECrim pueda en virtud de Instrucción de la FGE decidir el ámbito de las faltas a cuyo juicio oral asiste o no.
- El MJ convierte en *delito leve* las faltas que no despenaliza, las tramitará por juicio de faltas y otorga en el mismo al Fiscal un principio de oportunidad. Reconoce que con ello adelanta la reforma sustantiva a una futura reforma penal que adecúe el procedimiento de los delitos leves –que no será el de faltas-.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Consejo Fiscal considera que desde la Fiscalía se propone un modelo ágil y sencillo y congruente con el marco procesal de la LECrim, en el que no será fácil encajar el modelo propuesto por el Ministerio de Justicia.

Ningún sentido tendría una reforma sustantiva (elevar a delito leve las faltas) que no vaya acompañada de la necesaria reforma procesal.

Por ello, o se acompasan ambas reformas -lo que no es sencillo- pues exige un planteamiento más amplio y ambicioso de la reforma procesal que supondría abordar materias como la investigación a cargo del Fiscal, desarrollo del principio de oportunidad, juicio directo o del mazo, etc..., o es preferible dejar las cosas (las faltas como faltas) más sencillas, sin entremezclar por un lado una reforma sustantiva con una reforma procesal que se trataría de una materia muy precisada de estudio y reflexión, ajenas a la urgencia, por plazos parlamentarios, que conlleva la reforma en marcha.

El modelo procesal propuesto desde la Fiscalía es más práctico y el que menos necesidades materiales y personales conlleva. En tanto no se lleve a cabo una reforma global de la LECrim, lo que se propone por la Fiscalía es que determinadas faltas, por su levedad, sigan como tales, exijan denuncia y pueda no asistir el Fiscal al juicio, evitando actuaciones y desplazamientos innecesarios, partiendo de que el denunciante debe asumir el protagonismo en la persecución de estas infracciones menores.

Sobre tal planteamiento se hace necesario determinar, como punto de partida, qué conductas se deben mantener en la esfera penal y cuáles obtendrán respuesta por otras vías -infracción administrativa o reclamación civil-. La invocación del principio de intervención mínima ha de anudarse no solo al



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

objetivo, sin duda legítimo, de la descompresión del sistema penal sino, fundamentalmente, a la necesaria racionalización del mismo. La esfera penal no es, pese a lo que pudiera en principio parecer, la adecuada para dar respuesta a determinadas conductas que encuentran mejor acomodo en otros ámbitos.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, y siguiendo el orden del actual Libro III del Código Penal, las faltas que recogen conductas que merecerían seguir manteniendo respuesta penal son las que siguen:

1. Lesiones (artículo 617.1).
2. Maltrato de obra (artículo 617.2).
3. Amenazas y coacciones (artículo 620.1º y 2º), entre las que se incluyen las injurias y vejaciones injustas leves contra personas del art. 173.2.
4. Muertes y lesiones causadas por imprudencia leve (artículo 621.2 y 3) y lesiones de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, causadas por imprudencia grave (artículo 621.1).
5. Hurto (artículo 623.1).
6. Hurto de uso de vehículo (artículo 623.3).
7. Estafa y apropiación indebida (artículo 623.4).
8. Daños (artículo 625).

Junto a estas conductas, hay otras que se considera debieran pasar a ser delito: el mantenimiento en local (art. 635), y el maltrato cruel de animales (art. 632.2) que podrían ser tipos atenuados de las correspondientes figuras delictivas.

Respecto a las faltas que se considera que debieran ser despenalizadas hay una cierta coincidencia con el Proyecto de Reforma del Código Penal (PCP), siendo las siguientes:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

1. Faltas de abandono de menor de edad o incapaz (artículo 618.1) y de desatención de personas de edad avanzada o desvalidos (artículo 619). (PCP).
2. Faltas de incumplimiento de las obligaciones familiares judicialmente establecidas (artículo 618.2) y del régimen de custodia (artículo 622). (PCP).
3. Faltas de injurias y vejaciones injustas que no sean en violencia de género y doméstica (artículo 620.2).
4. La falta de hurto de la posesión (Artículo 623.2).
5. La falta de defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido (Artículo 623.4).
6. La falta de uso de equipo terminal de telecomunicación (Artículo 623.4).
7. Las faltas contra la propiedad intelectual e industrial (Artículo 623.5).
8. La falta de alteración de términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones (Artículo 624.1).
9. La falta de distracción de aguas (Artículo 624.2).
10. La falta de deslucimiento de bienes (artículo 626).
11. Faltas contra los intereses generales que recogen los artículos 629 a 632 del Código Penal. Las conductas previstas en los artículos 630(abandono de jeringuillas) y 631.1(dejar sueltos animales feroces o dañinos) también se despenalizan en el PCP.
12. La perturbación leve del orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas (artículo 633). (PCP).
13. Falta de respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes y la desobediencia leve (artículo 634). (PCP).
14. Realización de actividades careciendo de seguro obligatorio de responsabilidad civil (artículo 636).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

15. Uso indebido de uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales y atribución pública de cualidad de profesional amparada por un título académico que no se posea (artículo 637)

No obstante el Consejo Fiscal asumiendo el trabajo realizado por la comisión entre Fiscalía General del Estado y Consejo General del Estado en esta materia, considera en atención a la especial sensibilidad que merecen siempre los colectivos especialmente vulnerables (menores, discapaces y ancianos) que no deberían despenalizarse la falta de abandono de menor de edad o incapaz (art. 618.1 del CP) y la falta de desatención de personas de edad avanzada o desvalidos (art. 619 del CP).

La pura y simple eliminación de determinados tipos del catálogo de faltas por sí sola no es suficiente para generar un descenso significativo en el número de procedimientos tramitados como juicio de faltas. Para lograr ese objetivo es necesario exigir el impulso particular expresado a través de la interposición de denuncia como requisito necesario para la persecución, siempre que se trate de infracciones en las que no exista un interés público. Exigiendo con carácter general la denuncia como condición objetiva de procedibilidad ayudará a economizar recursos.

No obstante, para la salvaguarda de aquellas situaciones en las que la exigencia de denuncia pudiera conducir a soluciones injustas, deberían quedar al margen los supuestos en los que pudiera haber problemas para el denunciante, bien porque al producirse en un determinado ámbito familiar (art 173.2 CP) existen miedos o presiones que imposibilitan o dificultan la interposición de la denuncia, o bien aquellos en los que la situación de la víctima cierra de cualquier



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

posibilidad de denunciar (menores, discapaces o personas desvalidas). Fuera de tales casos, la denuncia ha de erigirse como requisito *sine qua non* para el mantenimiento del procedimiento.

Además, se pueden incluir determinadas causas sobrevenidas que faculden para archivar las actuaciones en un momento ulterior, tales como:

- a) El perdón del ofendido, configurado en el artículo 130.5 del CP como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando se trate de faltas perseguibles a instancias del agraviado.
- b) La reparación total del daño, actualmente prevista como atenuante en el 21.5 del CP. Esta circunstancia, en el caso de las faltas, podría recogerse expresamente como una de las que, en conjunto con otras, puedan conducir al archivo.

Las modificaciones propuestas provocarán 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.

No obstante, si se mantiene la propuesta del Ministerio de Justicia de conceptuar como delito leve las faltas que no se despenalizan, se considera por la Fiscalía necesaria la siguiente reforma:

Si se tramitan faltas -que se llaman delitos leves- por el juicio de faltas, debería modificarse el artículo 969.2 LECrim, lo que puede efectuarse en el Anteproyecto



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de LECrim o en las Disposiciones Adicionales de la reforma del CP, para establecer, con absoluta claridad, que el Ministerio Fiscal podrá dejar de asistir a los procedimientos por delito leve, al igual que ahora lo hace a las faltas penales, cuando son perseguibles mediante denuncia. Bastaría añadir al art. 969.2“... cuando la persecución de la falta o *del delito leve* exija la denuncia del ofendido o perjudicado.” Se añade pues la mención al delito leve. Si se mantienen como delitos leves las actuales faltas sería conveniente añadir al actual art. 969 la citada mención “faltas y delitos leves”. Consta ya de esta manera en la Disposición Final 2º art. 22 bis del Proyecto de LO de reforma de la LO 10/95 del Código Penal.

“El fiscal asistirá a los juicios por delito leve siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En estos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena”.

Del mismo modo debería modificarse el Código Penal para exigir denuncia en la persecución de los delitos leves (salvo contra víctimas menores de edad, discapaces o en violencia de género o doméstica).

Por el contrario, si se acoge la propuesta de la Fiscalía de mantener las conductas que no se despenalizan como faltas, es decir, si se mantienen las faltas como tales, cabe proponer las siguientes modificaciones legales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art. 962.

1. Procederá la incoación de juicio de faltas por cualquiera de las conductas sancionadas en el Libro III del Código Penal cuando se reciba denuncia verbal o escrita del ofendido, de sus representantes legales o del Ministerio Fiscal cuando el ofendido sea menor, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida.

2. No será necesaria la denuncia para la incoación de juicio de faltas cuando se trate de alguno de los hechos sancionados en el artículo 620.2 del CP y la persona ofendida sea alguna de las previstas en el artículo 173.2 del mismo texto legal.

Art. 962 bis.

1. Cuando la Policía Judicial *reciba denuncia* por un hecho que presente los caracteres de falta tipificada en el artículo 617, en el artículo 623.1 cuando sea flagrante o *tenga noticia de un hechos que pueda ser constitutivo de la falta tipificada* en el artículo 620 del Código Penal, siempre que en este último caso el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código, cuyo enjuiciamiento corresponda al Juzgado de Instrucción al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial, procederá de forma inmediata a citar ante el juzgado de guardia a los ofendidos y perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos. Al hacer dicha citación se apercibirá a las personas citadas de las respectivas consecuencias de no comparecer ante el juzgado de guardia. Asimismo, se las apercibirá de que podrá celebrarse el juicio de faltas de forma inmediata en el juzgado de guardia, incluso aunque no comparezcan, y de que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

han de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse. Al denunciante y al ofendido o perjudicado se les informará de sus derechos en los términos previstos en los artículos 109, 110 y 967.

2. A la persona denunciada se le informará sucintamente de los hechos en que consista la denuncia y del derecho que le asiste de comparecer asistido de abogado. Dicha información se practicará en todo caso por escrito.

3. En estos casos, la Policía Judicial hará entrega del atestado al Juzgado de guardia, en el que consten las diligencias y citaciones practicadas y, en su caso, la denuncia del ofendido.

4. Para la realización de las citaciones a que se refiere este artículo, la Policía Judicial fijará la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de guardia. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para la ordenación de los servicios de guardia de los Juzgados de Instrucción en relación con la práctica de estas citaciones, coordinadamente con la Policía Judicial.

5. En el supuesto de que la competencia para conocer corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere este artículo ante dicho Juzgado en el día hábil más próximo. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

A estos efectos el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para asegurar esta coordinación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Artículo 964.

1. En los supuestos no contemplados por el artículo 962, cuando la Policía Judicial *reciba denuncia por* un hecho que presente los caracteres de falta tipificada en el libro III del Código Penal o en leyes especiales, formará de manera inmediata el correspondiente atestado que remitirá sin dilación al juzgado de guardia. Dicho atestado recogerá las diligencias practicadas, así como el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado, practicado conforme a los artículos 109, 110 y 967.

2. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el párrafo anterior, y en todos aquellos casos en que el procedimiento se hubiere iniciado en virtud de denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial, el Juzgado de guardia celebrará de forma inmediata el juicio de faltas si, estando identificado el denunciado, fuere posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia y concurran el resto de requisitos exigidos por el artículo 963.

3. Las citaciones se harán al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos. Al practicar las citaciones, se apercibirá a las personas citadas de las respectivas consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de guardia, se les informará que podrá celebrarse el juicio aunque no asistan, y se les indicará que han de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse. Asimismo, se practicarán con el denunciado las actuaciones señaladas en el apartado 2 del artículo 962.

4. *Procederá el archivo cuando medie perdón del ofendido en aquellas faltas que sean perseguibles a instancias del agraviado o cuando se hubiera procedido a la reparación total del daño.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

5. Sólo procederá la citación del Ministerio Fiscal cuando la persona ofendida sea menor, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida o se trate de alguno de los hechos sancionados en el artículo 620.2 del CP y la persona ofendida sea alguna de las previstas en el artículo 173.2 del mismo texto legal.

Artículo 966.

Las citaciones para la celebración del juicio de faltas previsto en el artículo anterior se harán al Ministerio Fiscal, *salvo en los supuestos a que se refiere el apartado 4 del artículo 964*, al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos.

Madrid a 23 de enero de 2015

**LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL**

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda