

Revista del Ministerio Fiscal

nº 2, 2016



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid
www.fiscal.es

Aspectos relevantes de las últimas reformas en el ámbito procesal penal

Revista del Ministerio Fiscal, año 2016, número 2

Director de este número: Fernando Prieto Rivera, Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Luis Bueren Roncero, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Miguel de la Rosa Cortina, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

Edita:

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

Índice

1. PRESENTACIÓN	6
FERNANDO PRIETO RIVERA	
2. LOS NUEVOS PLAZOS DE LA INSTRUCCIÓN	8
CARMEN ADÁN DEL RÍO	
1. Introducción	8
2. Naturaleza de los plazos del artículo 324 LECrim a partir de la redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre	10
2.1. Respecto al contexto	12
2.2. Intención del legislador y características de la norma	13
3. A quien obliga y en qué forma los nuevos plazos	15
3.1. Efectos sobre el juez de instrucción	15
3.2. Efectos sobre el Ministerio Fiscal y las partes	16
4. Consecuencias del exceso de los plazos	18
4.1. No emisión de resolución. Con diligencias pendientes o sin actividad	19
4.1.1. Con diligencias pendientes	20
4.1.2. Sin actividad	20
4.2. Acordar y practicar diligencias fuera de plazo	21
4.2.1. Diligencias derivadas de anteriores	21
4.2.2. Diligencias nuevas	23
4.3. Diligencias a resultas de recurso de apelación	26
4.4. Petición de diligencias por el Ministerio Fiscal fuera de plazo	27
5. Las declaraciones de ampliación de plazos	28
6. A modo de reflexiones sobre aspectos positivos y negativos de la reforma	30
7. Respecto al cómputo de los plazos	34
3. LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE	38
RAFAEL ESCOBAR JIMÉNEZ	
1. Recurso de apelación	38
1.1. Recurso de apelación y doble instancia	38
1.2. Novedades en el recurso de apelación	39
1.2.1. Resoluciones recurribles y Tribunal del recurso	40
1.2.2. Motivación y resolución del recurso de apelación contra sentencias	41
2. Recurso de Casación. Introducción	42
2.1. Autos recurribles en casación	43
2.1.1. Autos definitivos dictados “en primera instancia” y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:	43

2.1.2. Autos para los que la ley autorice el recurso de casación de modo expreso	46
2.1.3. Motivos de la casación contra los autos que refiere el art. 848 LECrim ...	48
2.2. Sentencias recurribles en casación	48
2.2.1. Sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 847.1.a).1º, inciso 1º)	48
2.2.2. Sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 847.1.a).1º, inciso 2º), o las dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 847.1.a).2º)	49
2.2.3. Sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 847.1.b)	50
2.3. Aplicación de la Ley 41/2015 (procedimientos incoados con anterioridad a su entrada en vigor)	57
4. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS REFERENTES A LA INCORPORACIÓN AL PROCESO DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS	59
JOSÉ JAVIER HUETE NOGUERAS	
1. Introducción	59
2. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad	64
2.1. Excepcionalidad del acceso por los agentes facultados a los datos electrónicos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad	71
2.1.1. Identificación mediante número IP	71
2.1.2. Identificación de terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o sus componentes	73
2.1.3. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad ...	75
5. EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO EN LA LECrim	82
PABLO VARELA CASTEJÓN	
1. Seis aproximaciones normativas	82
1.1. De la necesidad de la reforma del proceso penal	82
1.2. De las diversas soluciones para la reforma procesal	82
1.3. De los repetidos intentos de reforma de la LECrim para agilizar el proceso ...	86
1.4. De la consolidación de fórmulas de justicia negociada	88
1.5. Breve referencia a las experiencias de derecho comparado	90
1.6. Hasta llegar a la ley 41/15	92
2. Siete cuestiones prácticas	93
2.1. Qué es el proceso por aceptación de decreto	93
2.2. Qué delitos pueden ser objeto de este procedimiento y qué penas ser impuestas	94
2.3. Cuándo puede incoarse el proceso de aceptación de decreto	98
2.4. Cómo tramita el fiscal el decreto	102
2.5. Qué control judicial cabe sobre el decreto del fiscal	104
2.6. Qué intervención tienen en el procedimiento el investigado y la víctima del delito	107
2.7. Para qué puede servir el nuevo procedimiento	109
6. EL DECOMISO. PERSPECTIVA PROCESAL. ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO	111
JOSÉ PERALS CALLEJA	
1. Introducción	111
2. Las distintas modalidades de decomiso	112

2.1. El decomiso “ordinario”	113
2.1.1. Concepto	113
2.1.2. Trayectoria legislativa	114
2.1.3. Naturaleza	115
2.1.4. Elementos	117
2.2. El “decomiso ampliado”	117
2.3. El “decomiso sin sentencia” o “decomiso autónomo”	120
2.4. El decomiso de bienes transferidos a terceros	121
2.5. El “decomiso ampliado” extensivo a conductas anteriores	123
2.6. El “decomiso sustitutivo” o “por valor equivalente”	124
3. El decomiso desde una perspectiva procesal	125
3.1. Requisitos jurisprudenciales sobre el decomiso y doctrina de la FGE. a.- Principio acusatorio. b.- Prueba del decomiso. c.- Descripción de los bienes, instrumentos o efectos. d.- Comparecencia en juicio. e.- Motivación del decomiso	126
3.2. Medidas cautelares	131
3.3. El destino de los bienes decomisados	133
3.4. Regulación especial	134
3.5. Procedimientos especiales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	135
3.5.1. La intervención de terceros afectados por el decomiso	135
3.5.2. El procedimiento de decomiso autónomo	136

Presentación

Director de este número: Fernando Prieto Rivera
Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo

La vorágine de reformas legislativas que se sucedieron de forma casi ininterrumpida en la segunda mitad del año 2015, próximo el final de la legislatura, y que culminaron en el marco del proceso penal en las trascendentales reformas operadas por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y Ley 41/2015, de la misma fecha, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, hacían conveniente y necesario que la Revista del Ministerio Fiscal, en su recién iniciada andadura, dedicara un número de carácter monográfico a las citadas reformas procesales.

Cuando recibí el encargo del Consejo de Redacción de la Revista de asumir la dirección de este número de carácter monográfico, y ante la imposibilidad de abordar un tratamiento integral de la totalidad de las reformas procesales objeto de regulación en ambas disposiciones, dado el carácter limitado de ponencias que exige la edición de la revista, decidí concentrar el análisis de las reformas procesales en aquellas que, por un lado, otorgan al Ministerio Fiscal funciones de control e impulso procesal en exclusividad y, por otro lado, introducen la regulación procesal necesaria para, en palabras del Preámbulo de la Ley 41/2015, generalizar la segunda instancia mediante la modificación de los recursos de apelación y casación. Completa el contenido del número monográfico, el análisis parcial de uno de los aspectos de las nuevas medidas de investigación tecnológica.

Entre las primeras se encuentra la nueva regulación de los plazos de instrucción y el llamado proceso por aceptación de decreto, herederas ambas del proyectado Código procesal Penal de 2012 que no vio la luz y que, insertados en su origen en un nuevo modelo procesal en el que el Ministerio fiscal asumía la dirección de la investigación penal, se han trasladado a la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal en la que el monopolio de la actividad instructora la sigue manteniendo el juez de instrucción, instaurándose una especie de control a distancia de la tramitación de las causas penales cuando no se ha implantado la digitalización de la justicia penal y sin el necesario incremento de medios materiales y personales para el correcto ejercicio de esta nueva función y estableciéndose un proceso monitorio penal de limitado alcance, de difícil aplicación práctica teniendo en cuenta que no va acompañado de la modificación del modelo procesal y de probable escasa eficacia a la vista de la actual regulación del instituto de la conformidad. Ambos aspectos de la reforma han provocado una ardua polémica doctrinal y generado ríos de tinta, y se impone tras el transcurso de un semestre de vigencia de la reforma, coincidente con el límite de instrucción de las causas sencillas, un examen de los problemas prácticos reales derivados de la entrada en vigor de la reforma, el grado de cumplimiento de la norma, las consecuencias procesales del incumplimiento de los plazos y las repercusiones en el funcionamiento de las Fiscalías.

Igualmente se hacía necesario examinar los aspectos procesales del nuevo proceso de decomiso, con especial atención al procedimiento de decomiso autónomo que solo puede ejercitar el Ministerio Fiscal y que, además de suponer un incremento en el ejercicio de las funciones de los integrantes del Ministerio Fiscal, puede plantear serios problemas de prueba en los supuestos de rebeldía o de incapacidad para comparecer en juicio o de reiteración de las practicadas en la instancia, al establecerse su inicio una vez concluido la causa penal por sentencia firme.

La generalización de la segunda instancia que proclama el Preámbulo de la Ley 41/2015, hace preciso el análisis de la modificación del recurso de apelación y, especialmente, de casación que, en palabras del citado Preámbulo, busca conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. La generalización del recurso de casación por infracción de ley limitado al número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, abre un nuevo abanico de posibilidades para los fiscales de combatir aquellas resoluciones de la Audiencias Provinciales, dictadas en apelación, que contienen flagrantes y erróneas interpretaciones de los tipos penales y que con anterioridad a la reforma tenían vedado su acceso a la casación.

La modificación operada en el marco de las medidas de investigación tecnológica abarca una multiplicidad de cuestiones que no permiten, por las razones ya apuntadas de limitación de espacio, su análisis en profundidad, razón por la cual de acuerdo con el ponente decidimos centrarnos en el análisis del acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad que probablemente serán los que planteen mayores problemas en la práctica al regularse en determinadas condiciones su obtención por la policía judicial sin necesidad de previa autorización judicial.

Por último, soy consciente que van a quedar sin analizar aspectos importantes de la reforma procesal, como el ya mencionado estudio en profundidades de la nueva regulación de las medidas de investigación tecnológicas, largamente demandadas por la doctrina y la jurisprudencia o las reglas de conexidad y la detención y prisión provisional. No obstante, se abre así la posibilidad que en futuros números de la propia revista o en cursos de formación se pueda profundizar sobre las materias que no han sido objeto de tratamiento en este número monográfico.

Los nuevos plazos de la instrucción

Autora: Carmen Adán del Río
Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Bizkaia

Resumen

Desde la premisa de que una reforma legal precisa un cierto recorrido para llegar a conclusiones sobre los efectos de su aplicación, la vigencia, durante estos breves meses, de la norma, muestra algunos elementos perturbadores para lograr conciliar la exigencia de plazos razonables en la instrucción con la averiguación del hecho delictivo y su autor. La norma logra proporcionar mayor información a los implicados en el proceso, por cuanto el juez de instrucción o el Ministerio Fiscal hacen, en atención a las características de la investigación en curso, un cálculo inicial de duración, ofreciendo así una cierta previsibilidad temporal del proceso, en claro avance respecto a la situación de incertidumbre vigente hasta la fecha. Pero ello se refiere a la primera fase del proceso, y nada garantiza que la dilación no se produzca en tramites ulteriores, con las diligencias pendientes o los cambios de las mismas en atención a las agendas de la oficina judicial, el tiempo de tramitación de recursos u otras incidencias semejantes.

Ha comenzado, ya en este momento, la disparidad de resoluciones, habitual en el primer recorrido de cualquier norma, constatándose una gran variedad de prácticas por parte de los jueces de instrucción, desde el que actúa con respeto estricto de los plazos, no solo para acordar sino también para practicar diligencias, a aquel que considera que sus facultades de acordar diligencias se mantienen intactas incluso fuera de los plazos, pasando por el que, transcurrido el plazo, acuerda solo diligencias sobrevenidas comunicando a las partes su conveniencia para el correcto fin de la instrucción. Aunque hay una razonable media de cumplimiento de los plazos, la posición mantenida por la Circular 5/2015, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, se ha considerado un aval que permite la actuación fuera de plazo, de muy difícil cambio en tanto no recaigan pronunciamientos contrarios, como ha sucedido con las declaraciones de complejidad, en las cuales, los recursos interpuestos han sido estimados con criterios estrictos sobre los presupuestos que la justifican.

La interpretación flexible que la FGE también defiende sobre la ampliación de plazos por el propio juez de instrucción, sin necesidad de petición expresa del Ministerio Fiscal, pudiera, quizá, ampliarse a otros casos, como la posibilidad de admitir que el juez acuerde o el Ministerio Fiscal interese ciertas diligencias fuera de plazo que por sus propias características (sobrevenidas o derivadas de otras, pero que dentro de un razonable hilo conductor de la investigación se encuentren dirigidas a excluir escritos de acusación o enjuiciamientos innecesarios), pueden lograr mejor la finalidad declarada por la norma de evitar dilaciones indebidas.

1. Introducción

Basta una lectura de Exposiciones de Motivos o Preámbulos de normas legales, o Circulares de la FGE, para constatar que el transcurso de los años mantiene ciertas cuestiones de plena actualidad. Como muestra, y dado que en ella se hace referencia expresa al artículo 324 LECrim, la introducción de la Circular 1/2003 de 7 de abril, sobre enjuiciamiento rápido... “La preocupación por una Administración de Justicia que haga de la celeridad uno de sus principios informadores, representa una constante histórica. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción originaria (hace más de 120 años) ya incorporaba preceptos que acogían mecanismos jurídicos de aceleración, encaminados a impedir la injustificada lentitud de los procedi-

mientos. La realidad-sin embargo- parece empeñada en transmitir la falsa idea de que la falta de celeridad es nota definitoria e inseparable del ejercicio de la actividad jurisdiccional, habiendo llegado a convertir en inaplicables algunos de aquellos enunciados legales (cfr.art. 324)."

Esta inaplicación era igualmente reconocida en otros ámbitos, en ocasiones con cierta ironía, como en el caso del abogado hispano argentino Carlos Vázquez Iruzubieta, autor de varios comentarios a las leyes procesales españolas, que dedico a este artículo 324 tan solo cuatro demoledoras líneas... "Establece el artículo deberes de administración procesal muy encomiables. Es muy difícil que el sumario esté concluido en un mes, de lo que resulta que la comunicación será una circunstancia frecuente. Muchas comunicaciones se prevén aquí y poco trabajo judicial".

Asumir que el artículo 324 LECrim no se aplicaba, no excluye la necesidad de seguir buscando la solución que las reformas sucesivas no acaban de encontrar, quizá porque lo necesario es un replanteamiento total del modelo procesal. En todo caso, es obligado reconocer que un primer problema en la aplicación de cualquier reforma legal es el esfuerzo necesario para superar la incomodidad de los cambios sobre situaciones conocidas aunque insatisfactorias. Es habitual y lo ha sido en este caso, que se achaque, a todos los que trabajamos en la Administración de Justicia, renuencia a los cambios, y que las reivindicaciones materiales y laborales, siendo legítimas, nos impiden una visión positiva de normas que buscan con mayor o menor éxito lograr el fortalecimiento de derechos, como en el presente caso, el derecho a la no dilación en la tramitación de las causas (artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable) (artículo 24 de nuestra Constitución).

Un segundo problema, no menor, es examinar la reforma con estrechez de miras, como asunción o pérdida de posición en el ámbito de actuación propia. Un ejemplo de ello, es la afirmación expuesta en diferentes formas, antes incluso de la publicación en el BOE del nuevo artículo 324 LECrim, según la cual, la reforma coloca enteramente en manos de los Fiscales la marcha o la interrupción de la fase de instrucción de los procesos penales, estableciendo un nuevo condicionante a la actividad jurisdiccional, en lo que es un nuevo ataque a la justicia representada esta solo por los Jueces y Magistrados a quienes se confía en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Si superamos estos dos problemas, la clave para abordar esta o cualquier otra reforma, es recordar que la justicia penal es un instrumento de poder del Estado sobre el ciudadano, que, buscando un fin legítimo, incide de forma palpable y excepcional en sus derechos, por lo que parece bastante elemental admitir que las facultades inherentes al hecho de administrarla, ha de tener límites y contrapesos previamente establecidos por el legislador. Y desde luego no debiera escandalizar a estas alturas, un texto que comienza por insistir nuevamente en la necesidad de que se actúe dentro de unos límites temporales razonables, aunque solo sea porque es ya imposible obviar la realidad de un aumento progresivo y muy relevante de críticas al proceso penal vigente, al que se tacha de arcaico, absurdo y disfuncional. Jueces, abogados y fiscales reconocen (y los medios de comunicación nos recuerdan la insatisfacción que ello genera no solo al afectado sino al ciudadano en general) la existencia de procedimientos en el Juzgado de instrucción durante largos años, con diligencias que se repiten, vulneración total de la reserva de actuaciones, males todos ellos, derivados del hecho de que la fase de instrucción que debiera ser absolutamente secundaria frente al juicio oral, se ha convertido en pieza fundamental en detrimento de ese juicio oral.

Desde esa realidad, hace ya tiempo que se argumentaba sobre la necesidad de poner plazos perentorios y preclusivos, y no eran pocos los debates en los que se planteaba "castigar" con archivos la falta de actuación en esos plazos. Conociendo pues estos antecedentes, resulta sorprendente que la reforma legal que finalmente ha acogido y plasmado ese debate, nos haya dejado a todos una sensación de puesta en marcha forzada y voluntarista, que al unirse a otras reformas (como por ejemplo las que apuestan decididamente por las notificaciones telemáticas

y por el papel cero¹⁾ ha trasladado la idea de que estamos ante una auténtica conmoción en lo que hasta ahora ha sido el procedimiento penal.²

La cuestión es, si ello es realmente así, y caso de admitirlo, si esta conmoción tiene la suficiente entidad para cambiar el rumbo de un proceso penal obsoleto y deficitario, o será una reforma más, que en realidad ralentiza otra vez el necesario cambio de modelo procesal en consonancia con las restantes legislaciones europeas.

Partiendo de que la experiencia demuestra la realidad de aquella premisa de que toda ley es lo que la jurisprudencia hace de ella, y teniendo en cuenta que ya nuestra Circular aboga por criterios flexibles, hemos de esperar la resolución de recursos que a buen seguro se han de interponer, para centrar la interpretación que del art. 324LECrim hacen nuestros tribunales. Interpretación que mucho me temo, a la luz de lo que vemos cada día, no va a permitir un cambio tan relevante de la práctica actual como sería deseable.

2. Naturaleza de los plazos del artículo 324 LECrim a partir de la redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre

Ya antes de la entrada en vigor de la ley (6/1/2015), se lanzaron al debate varias interpretaciones, que en realidad responden a la propia complejidad de identificar con claridad términos que, en ocasiones, se aproximan o mezclan, fundamentalmente la caducidad y la preclusión.

A ello se añade, que el legislador, incluido el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde su primera redacción, ha mezclado los conceptos procesales de plazo y término. A los meros efectos de continuar el razonamiento iniciado, sigue siendo válido el concepto que Gómez Orbaneja³ consideraba consensuado doctrinalmente, de término como el momento en que ha de realizarse un acto procesal, y plazo, el período de tiempo en que se puede realizar ese acto procesal.

Que en el debate ha estado esa aproximación y mezcla de términos procesales, lo demuestra el hecho de que ese concepto de caducidad se ha introducido indirectamente en muy diferentes ponencias, incluso de cursos del Ministerio Fiscal⁴, o incluso en el título de un artículo de Jordi Nieva-Fenoll, catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona, *“El art 324 LECrim no declara la caducidad de las instrucciones penales”*.⁵ Artículo en el que se viene a afirmar que esta conclusión es simplemente un espejismo. El fundamento para tachar de espejismo esa necesidad de concluir los procedimientos en plazo so pena de caducidad, tiene su origen en una realidad distorsionada, cual es... que... *en Derecho procesal existe una clasificación de los plazos entre propios e impropios. Se ha venido entendiendo por la doctrina -y muy ampliamente en la práctica- que los primeros son de obligatorio cumplimiento, por definición improrrogable, siendo los segundos simplemente orientativos. Estos segundos van dirigidos, normalmente, a los órganos jurisdiccionales. Y es que con la muy insuficiente infraestructura de Justicia actualmente existente, resulta sencillamente imposible cumplir los plazos que marcan las leyes, y por ello los mismos simplemente sirven de parámetro para la apreciación de una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.* Llama la atención en este artículo dedicado a la no caducidad del proceso penal por falta de actuación en plazo, que concluya este razonamiento, insistiendo en que... *Entender lo contrario supondría*

¹ Ley 42/2015, de cinco de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en la que se incorpora la utilización de medios telemáticos y electrónicos como forma que ha de ser la habitual en la tramitación de los procedimientos judiciales, y en las relaciones de particulares y profesionales con la Administración de Justicia.

² También es cierto que es mejor huir de conclusiones rígidas, muy frecuentes al inicio, que la realidad posterior desmiente, como sucedió con la entrada en vigor de la LEC, respecto a la que en enero de 2001, el entonces presidente del Colegio General de la Abogacía, afirmaba que la misma (...) *implicará el inmediato colapso de la Administración de Justicia. En la nueva Ley la intermediación judicial se reglamenta con tal grado de minuciosidad y tal lujo de trámites accesorios, que su aplicación real es imposible para cualquier Juzgado de Primera instancia”*.

³ Gómez Orbaneja E, Herce Quemada V. Manual de Derecho Procesal.

⁴ Curso Los nuevos plazos de instrucción, en sus dos ediciones de marzo y mayo de 2016.

⁵ Noticias jurídicas, mayo 2016.

una vulneración flagrante del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que supondría que una vez “precluido” el plazo, no se podría dictar la resolución correspondiente.

Vaya por delante que, caducidad y preclusión, tienen ya un cierto desarrollo en doctrina o normas administrativas y procesales civiles. Lo cual no significa, respecto a esta última que dicha regulación deba acogerse de forma supletoria para el proceso penal, cuando este tiene ya su propia regulación.⁶ Basta recordar que la caducidad en el proceso civil (donde también está vigente el impulso de oficio por el juez, art 215 LEC), tanto si incide en el procedimiento, como en la acción que se ejercita en el proceso, en ambos casos, se encuentra referida a actividad de las partes. La caducidad (siempre con interpretación restrictiva) solo puede darse en los casos de paralización o falta de impulso del proceso imputable a las partes, declarándose siempre que la paralización del procedimiento no tenga su origen en causas de fuerza mayor o no imputables a la voluntad de las partes (art. 238 LEC) En cambio, respecto al juez, la no actividad en plazo, la falta del adecuado impulso procesal en la tramitación del procedimiento, no genera caducidad.

Sobra por suficientemente conocida cualquier referencia a la caducidad en el ámbito administrativo, que se predica tanto del administrado como de la Administración en el ámbito de sus procedimientos, pero tampoco se traslada en el procedimiento contencioso-administrativo a la actividad del juez.⁷

La preclusión, como extinción de una posibilidad procesal por transcurso del plazo, especie de “castigo” por no haber seguido el curso del procedimiento dentro de los tiempos fijados legalmente (de forma que si el acto se realizará con posterioridad al plazo, carecería de eficacia por ser nulo), se diferencia de la caducidad, en que esta se configura como la pérdida del derecho a ejercer la acción legal por no haber cumplido el plazo establecido (cuando se da en la fase de primera instancia, no extingue la acción sino que puede dar lugar a un nuevo juicio).

Por tanto, en ambos casos, tanto caducidad como preclusión son conceptos o reglas procesales que actúan comúnmente en el ámbito de las partes, quedando excluido de su aplicación el órgano judicial en su actuación.⁸

Para analizar la naturaleza preclusiva, perentoria o simple de los plazos del artículo 324 partimos de una primera dificultad, cual es la falta de regulación expresa de estos conceptos en la norma procesal penal. Las modificaciones de la LECRim no incluyen estos términos del modo que lo ha hecho la LEC (para los actos procesales de parte, art. 136 LEC). Por ahora pues, nada permite descartar los posicionamientos jurisprudenciales, en el sentido de que los casos de preclusión en el proceso penal, por razón de los fines del mismo, no son coincidentes con los del proceso civil.⁹ De hecho aunque en el proceso penal, al igual que en el civil, existe la regla de improrrogabilidad de los plazos, numerosas sentencias han ido flexibilizando, los criterios rígidos de preclusión para las partes (plazos de personación de la acusación particular, de no presentación de escritos de acusación en plazo, etc.....)

Siendo lo anterior relativamente pacífico, es también evidente que la preclusión aparece como un principio de todo proceso o procedimiento, de forma que las fases sucesivas en las que se

⁶ Gómez Orbaneja E, Herce Quemada V. Manual de Derecho Procesal (...) *Las diferencias fundamentales entre ambos procesos hacen que el trasplante y utilización de conceptos de derecho procesal civil en el penal estén muy condicionados y hayan de hacerse con extremada cautela.*

⁷ La caducidad administrativa se encuentra también expresamente regulada en su objeto, extensión, efectos, plazos, cómputos, suspensiones del plazo, etc..., en normas generales y específicas (es significativa la exhaustiva regulación que de la misma se realiza en las normas tributarias), reconociéndose como una forma de finalizar el procedimiento, aunque las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento caducado o los elementos de prueba obtenidos, conservan su validez y eficacia en otros procedimientos, puesto que la Administración puede iniciar de nuevo el procedimiento dentro de los plazos de prescripción.

⁸ Respecto a la preclusión pro iudicato, en general hay coincidencia en todos los textos consultados, que los plazos no están puestos de manera extintiva contra los jueces. Lo que si existen son fases preclusivas que limitan las facultades del juez.

⁹ STS 878/2002, de 17 de mayo. (...) *La parte recurrente pretende otorgar al transcurso del plazo para calificar un carácter absolutamente insubsanable, que ni se establece expresamente en la Ley ni resulta conciliable con los principios generales del proceso penal, en el que por lo general rige la posibilidad de subsanación salvo en ámbito de recursos.*

divide se van cerrando, y al tiempo de ese cierre, se van limitando las facultades del órgano o de las partes. De este modo, la fase de instrucción al concluir, impide al juez instructor continuar su actuación (salvo nulidad o revocación) y esas facultades inherentes al instructor no se trasladan a la siguiente fase, donde el sentenciador no puede ordenar instruir, salvo las excepciones previstas legalmente (instrucción suplementaria que excepcionalmente puede acordar el enjuiciador en la fase de juicio oral, conforme estableció el legislador en el art 746.6 LECrim). O que terminado el juicio oral, y no dictándose sentencia, el tribunal no puede volver a practicar una prueba, porque al declarar concluso el juicio, ha generado el acto procesal que precluye esa posibilidad de actuación, que antes tenía.

La preclusión, entendida en este sentido, existe en el proceso penal como en los restantes, afectando a órgano y partes sin que la cuestión genere mayores debates. Pero teniendo en cuenta, que hasta ahora, no eran los plazos o términos los que marcaban las fases, sino los actos procesales concretos. De ese modo, la fase de instrucción donde se practican diligencias de búsqueda de datos relativos al hecho y su autoría, se abre y cierra por un acto procesal concreto. Se abre por la resolución o auto de incoación y, del mismo modo, el final se produce por el auto de conclusión, revista la forma de archivo, transformación, etc.. El plazo del antiguo art 324 LECrim para las diligencias de instrucción, podía ser entendido, explícita o implícitamente como inoperante, porque lo que precluía la fase, era la resolución.

El nuevo art 324 LECrim mantiene la necesidad de emisión de resolución para la preclusión de las fases de instrucción y conclusión. El cambio se encuentra en que esa resolución no puede ser dictada sobrepasado un plazo establecido, primero por la ley y luego por el juez de instrucción. Ahora bien, nuestra ley procesal permitía y permite la distinción entre plazos improrrogables y de carácter preclusivo y aquéllos que admitan una mayor flexibilidad en su cómputo, considerando que tal dualidad no supone una desigualdad rechazable, por responder a situaciones justificadas por razones funcionales y estructurales, y por admitirse por el art. 202 LECrim.

Desde esta premisa, el nuevo artículo 324 LECrim genera para el Ministerio Fiscal y las partes un efecto preclusivo de su actuación, pero no va a ser sencillo admitir un cambio en la naturaleza del plazo para el juez de instrucción. No solo porque hay que romper con una jurisprudencia y doctrina reiterada que insiste que hay un distinto régimen según se trate de actos de parte o de órgano jurisdiccional, sino por la conveniencia en muchos casos de conservar, en la medida de lo posible, los actos procesales, y primar la validez de la resolución judicial, ya que, como decía el autor citado, de otro modo quedaría el proceso sin juzgar o la cuestión procesal que se plantee sin resolver.

Este cambio de naturaleza de los plazos en la fase de instrucción, para el Juez de instrucción, para el Ministerio Fiscal o para las partes, puede abordarse desde el análisis del contexto en el que fue dictada la norma, y de la literalidad del nuevo enunciado.

2.1. Respecto al contexto

Desde esa llamada constante del texto legal a la agilización procesal¹⁰, conviene tener en cuenta el número de leyes de ese año 2015, en las que se abordan reformas dirigidas a la agilización de procedimientos, por si en los cambios que se introducen hubiera una línea interpretativa común al tratamiento de los plazos o términos. Centrándonos pues, en el mismo año de nuestra ley, destacan: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que reconoce como finalidad no solo la modernización de la Administración, sino la obtención de eficiencia y agilidad, siendo un ejemplo palpable la supresión

¹⁰ El legislador a lo largo de los tiempos, tiene esa misma intención dirigida a la agilización procesal, como lo demuestra la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma procesal, que en su Exposición de Motivos consideraba de forma muy optimista, que con la misma se daba al Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales, mecanismos fundamentales de agilización procesal.

del trámite de reclamación previa civil y laboral. O La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con la referencia a la necesidad de aumentar la eficacia y la simplificación de procedimientos. O entre otras, la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, que se marca como objetivo no solo el incrementar la eficacia de la Administración sino el reducir la litigiosidad, para lo cual reduce plazos en algunos recursos, aunque curiosamente y sin embargo, no duda en incrementar los plazos de las actuaciones inspectoras (de un año a dieciocho meses). Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, donde al tiempo de regular más ampliamente la utilización de medios electrónicos y telemáticos como forma normal de tramitación de los procedimientos judiciales, posibilita renunciaciones a trámites y modifica normas del Código Civil reduciendo plazos de prescripción de acciones.

Sin extendernos en todas las modificaciones legales, se aprecia que, el denominador común, tanto para procedimiento administrativo como para proceso, parece ser el establecer plazos más breves (a excepción de lo señalado para la LGT y las actuaciones inspectoras), en una clara búsqueda de mayor eficacia en la actuación de la Administración. Lo cual se acompaña de medidas relevantes de supresión de algunos trámites innecesarios, traslado de supuestos a procedimientos más sencillos (ejemplo, las tercerías de dominio a los trámites del juicio verbal), o exclusión de recursos, como por ejemplo, la no posibilidad de apelación de las sentencias cuya entidad no supere determinada cuantía.

Una primera impresión de este contexto, pudiera hacernos pensar que respecto a la LECrim, se ha intentado algo similar. Así por ejemplo, se intenta un nuevo procedimiento simplificado y reducido en el tiempo (aunque el procedimiento por aceptación de Decreto resulta poco práctico para la defensa, a la vista de los pocos beneficios que genera), y se establece un plazo a la fase de instrucción, o mejor dicho, en los estrictos términos de la ley, para las diligencias de instrucción.

Obviamente, en las reformas no se produce la confusión entre procedimiento administrativo y proceso, pero el impulso latente en todas las modificaciones refleja una configuración similar de la Administración de justicia y las restantes Administraciones, para en definitiva, ofrecer al ciudadano una imagen de actuación en plazos razonables.

Lo cual, siendo deseable, no debiera hacer perder la perspectiva de que en la actuación de la Administración de justicia, están comprometidos valores y finalidades de mayor entidad, cuya obtención exigirá en muchas ocasiones el sacrificio del plazo razonable o del plazo límite. Sobre todo porque la vulneración del mismo, tiene ya su compensación por la vía de la circunstancia modificativa de responsabilidad de dilaciones indebidas (y obviamente, sin perjuicio de la prescripción).

2.2. Intención del legislador y características de la norma.

La intención del legislador es solo una de los medios para interpretar las normas, demostrando la experiencia que no es el más relevante de los que se suele tener en cuenta, sobre todo cuando las propias características de la norma dejan posibilidades para apartarse de la misma.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, aparece como complementaria de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.¹¹

¹¹ Ambas se tratan desde la premisa común reconocida por el legislador de que no es posible esperar a la implantación del nuevo modelo procesal para afrontarlas. De hecho en el Preámbulo de cada una de ellas, se utiliza el mismo e idéntico párrafo, relativo al Código Procesal Penal como propuesta que se mantiene sometida a información pública y debate, con el planteamiento de un cambio radical del sistema de justicia penal, y la obtención del máximo concierto para el nuevo modelo procesal penal.

Complementaria y para materias que no requiriendo de Ley Orgánica forman parte de un conjunto no tan aislado como pudiera parecer pero que, por razón de lo que incorpora (la no remisión de los atestados policiales sin autor conocido, el establecimiento de un procedimiento de decomiso autónomo y del llamado procedimiento monitorio penal), parece inclinarse por un modelo futuro de menor actuación del juez en la fase de instrucción.

El legislador insinúa ya el mensaje de que, independientemente de cómo sea ese futuro modelo procesal, quien lo dirija y controle,¹² será necesaria una mayor actuación policial en la fase inicial de investigación de los delitos, en trámites que hasta ahora no le eran tan propios. Se refuerza la confianza en la policía¹³ a la que no se obliga a remitir determinadas actuaciones, mientras que por otro lado se instauran contrapesos a las facultades del juez de instrucción y nuevas obligaciones al Ministerio Fiscal, de forma que al obligar a una actuación temporal determinada, el éxito de la instrucción dependerá del adecuado funcionamiento de ambos.

Refrendo implícito de la actuación policial frente a la actuación judicial que por la propia naturaleza de los inexistentes plazos de la investigación policial señala una de las pautas de la reforma respecto a la investigación de los delitos. Lo cual, puede tener su origen, en la comprobación de que gran número de las actuaciones sumariales del art 299 LECrim, se han ido paulatinamente trasladando, de manera natural, al ámbito policial, sin mayor detrimento de las garantías exigibles al proceso.

Independientemente de lo anterior, la intención del legislador de que los plazos no sean meramente declarativos, se manifiesta reiteradamente en el Preámbulo de la Ley, donde se refiere a los plazos establecidos como... *plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales*. E insiste no solo en las consecuencias, sino que habla de la necesidad de que... *finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y haya de adoptarse la decisión que proceda, bien la continuación del procedimiento ya en fase intermedia, bien el sobreseimiento de las actuaciones*.

Estos dos conceptos: Consecuencias procesales y límite infranqueable del sumario o las diligencias previas, marcan claramente la consideración que quiere darse al artículo 324 LECrim. Así como respecto a las consecuencias, podemos preguntarnos si estas lo son para las partes o para el juez o para ambos, el uso de tan contundentes palabras como límite temporal infranqueable se predica del proceso, esto es del sumario o de las diligencias previas. Lo cual debiera complementarse a mi modo de ver, en el sentido de que el límite infranqueable, no puede suponer un obstáculo para que el proceso penal cumpla sus fines.¹⁴

Para concluir este apartado, si partimos de que la forma habitual para distinguir un plazo procesal como perentorio o preclusivo, es comprobar si hay una manifestación concreta al respecto, si la norma lo indica así, o por la imposición de una sanción procesal si el acto se realiza fuera del lapso previsto, hemos de concluir que el legislador ha mostrado su voluntad de que el plazo de instrucción al completo, sea perentorio, puesto que utiliza los términos plazo máximo, establece obligaciones de ampliación expresa para excluir el mismo, así como sanciones procesales concretas, e incluso añade un párrafo siete que indirectamente habla de no validez de lo actuado fuera de plazo.

¹² El modelo del Código Procesal Penal, con base en sus artículos 239 y 240, distinguía por un lado la dirección de las diligencias de investigación en el Fiscal para esclarecer el hecho, determinar el autor, proteger a la víctima y asegurar responsabilidades civiles, y por otro, el control de la fase de investigación en el Tribunal de Garantías. Situación que en según algunos autores, implícitamente cambia la reforma de este artículo.

¹³ Sin extendernos en citas sobre Derecho comparado, prácticamente en todos los países la investigación de delitos es asumida por la Policía, de una forma más amplia y autónoma en algunos (Inglaterra) o con dirección del Ministerio Fiscal, a quien se remiten las investigaciones, aunque en todos los casos, resulta absurdo negar la existencia de un poder real de investigación propio de la policía.

¹⁴ El legislador nunca se apartaría conscientemente de la finalidad propia del proceso penal. Al respecto, señala la jurisprudencia del TEDH, que los procedimientos deben tramitarse con celeridad, pero que el artículo 6 también comprende el principio más general de buena administración de justicia. STEDH 24.5.2005. Caso Intiba v. Turquía.

3. Consecuencias de los nuevos plazos sobre el juez de instrucción, sobre el Ministerio Fiscal y las partes

Hay una primera obligación tanto para el Juez de instrucción como para el Ministerio Fiscal, de emisión y solicitud de resoluciones que informen del plazo del proceso, evitando tener a los implicados, en un estado de incertidumbre sobre el tiempo que llevara su caso, dándoles incluso alguna posibilidad de influir en la duración del proceso.¹⁵ Obligación de información, que se complementa, como toda norma procesal relativa a un plazo, con la de cumplimiento de ese plazo, bien sea el declarado legalmente de seis meses o el que establezcan las resoluciones anteriormente indicadas.

3.1. Efectos de los nuevos plazos sobre el juez de instrucción

El artículo 324 LECrim diferencia entre:

- Dictar resolución de conclusión de la instrucción
- Acordar la práctica de diligencias de instrucción

Respecto a la primera, resulta imposible discutir que existe ahora un plazo claro para dictar resolución donde antes no existía. El número 6 del art 324 establece que *...Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el Instructor dictará resolución...* Frente al problema de que a priori no era posible atender a un módulo estándar para medir cuando debía emitirse la resolución, ahora queda prefijada, siendo de aplicación la regla general del art 197 del mismo texto legal (*Las resoluciones y diligencias judiciales se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas*). Pero, lo cierto es que hasta la fecha existen numerosas normas imponiendo plazo para la emisión de resoluciones, cuyo incumplimiento no ha generado cuestión.¹⁶

Respecto a la segunda, la práctica de diligencias, no hay que olvidar en cualquier análisis que se realice, lo que son realmente, salvo excepciones, las diligencias de instrucción. La doctrina del Tribunal Constitucional es de obligada referencia, cuando indica que las diligencias de investigación, tienen como finalidad específica, no el fijar definitivamente los hechos, sino simplemente preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios, pero debiendo estos ser llevados a aquel, no bastando su reproducción, sino que han de reiterarse. De hecho, se admiten en el juicio oral las diligencias nuevas, no practicadas como de instrucción o por el juzgado de instrucción, como suficientes para ser prueba, siempre que cumplan los parámetros de contradicción e interdicción de la indefensión.

Por ello, ha de reconocerse que el legislador ha dado lugar a una cierta confusión, que no debiera ser tanta si tenemos en cuenta los principios generales del proceso en el cual estamos. Los plazos para acordar diligencias de instrucción lo son, según el párrafo primero del artículo, para el proceso de instrucción (por tanto para el juez de instrucción en primer lugar), y de inicio, debieran vedar la posibilidad de que fuera de los mismos se acuerden nuevas diligencias de instrucción. Podría el juez practicar las acordadas con anterioridad pero no debiera acordar nuevas.

Sin embargo, por las características del Juez de instrucción y de sus facultades para la investigación de delitos, resultará complicado el cambio y adaptación al nuevo escenario, y más

¹⁵ García-Maltras de Blas Elsa. Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el TEDH: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible. (...) Desde ese punto de vista, dentro del Consejo de Europa, el Programa Marco y el Compendio de buenas prácticas de la Comisión para la eficacia de la justicia, creada por el Comité de Ministros de 18 de septiembre de 2002 para mejora del funcionamiento de los sistemas judiciales de los estados miembros, incluye entre sus recomendaciones, la transparencia sobre la duración de los procesos.

¹⁶ Hasta la fecha, el incumplimiento de la regla general de observancia de términos y plazos por el Juez de instrucción, el retraso del órgano judicial, no ha tenido otros efectos que la responsabilidad disciplinaria que pudiera derivarse, o la aplicación en su caso de las atenuantes de dilaciones indebidas o, en algunos supuestos extraordinarios, la petición de compensación por mal funcionamiento de la administración de justicia que pudiera demandar el afectado.

concretamente, negar que puedan realizar diligencias ineludiblemente derivadas de anteriores, si las mismas se encuentran motivadas y correctamente enlazadas en la investigación en curso. Los fines del proceso penal, y las mismas consideraciones y argumentos sobre la dirección de la investigación, que tiene en cuenta la Circular 5/2015 de la FGE para considerar, entre otras interpretaciones flexibles, la posibilidad de la ampliación de oficio por el juez de instrucción, pueden justificar, de futuro, interpretaciones amplias sobre la continuación de facultades del juez fuera de los plazos del legislador.

Es más, atendida la práctica existente en este momento en algunas Audiencias, donde, al resolver sobre recursos de apelación contra sobreseimientos u otras resoluciones, la Sala acuerda determinadas diligencias a practicar por el juez de instrucción, se puede apuntar la posibilidad de una interpretación en la cual el propio órgano que conoce del recurso de apelación, ordene ya fuera de plazo, al revocar e sobreseimiento, esas concretas diligencias de instrucción, que evidentemente lo serán fuera de plazo.

Como bien señala la Circular 5/2015, la redacción del art 324 LECrim está claramente inspirada en la redacción del art 127 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 (CPP), *....constatación que tiene un indudable valor hermenéutico*. Sin embargo, la realidad es que se están generando prácticas diversas en los juzgados de instrucción, en atención a la diferente interpretación que se sigue del enunciado total del artículo, curiosamente por la comparación con el que no entro en vigor.

Así, por ejemplo, el párrafo seis del artículo 324, señala que.... *El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad*. El párrafo cuarto del art 127, decía... *“El Ministerio Fiscal concluirá las Diligencias de investigación cuanto entienda que han cumplido su finalidad, ..especificando... aún cuando el plazo no hubiere vencido”*. La falta de ese inciso final en la redacción actual, que no debiera tener mayor trascendencia, ha llevado ya a algún juzgado, a entender que el enunciado existente, por sí solo no era necesario, puesto que es evidente que cualquier plazo permite actuar antes de que concluya el mismo. De este modo, se entiende que lo que se permite es que se pueda dictar la resolución de conclusión fuera de los plazos. Posibilidad que justifican, al coordinar dicho apartado con el octavo, donde se utiliza el taxativo.... *En ningún caso,* , para indicar que.... *el mero transcurso de los plazos no da lugar al archivo de las actuaciones*.

La no inclusión del final del art 127.4 CPP debiera ser simplemente una omisión del nuevo legislador, sin mayor trascendencia, por entender que era obvio en su origen, pero sirve de ejemplo de la pluralidad de interpretaciones y actuaciones que está generando el nuevo artículo, cuando en realidad, la única cuestión realmente básica, es el valor de lo actuado fuera de plazo.

3.2. Respecto al Ministerio Fiscal y las partes

La norma establece una sanción procesal y un recordatorio de la obligación ya existente, aunque ejercida anteriormente de forma muy esporádica.

3.2.1. Imposibilidad de solicitar diligencias complementarias, de no haberse interesado en plazo o pedido la correspondiente ampliación de aquel (*...Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley...*). Se suele decir que aquí es donde se ve el impacto pleno y total de la reforma, apareciendo la preclusión con toda nitidez.

Fuera de precisiones conceptuales, sobre la preclusión absoluta (que extingue la posibilidad del acto para cualquier situación del proceso), o relativa (que opera en determinados momentos, existiendo la opción de volver o continuar con el acto en otro momento procesal), puesto que es obvio que las facultades de pedir prueba en escrito de acusación o practicar y aportar investigaciones continua, lo que realmente preocupa, es que ya no podemos acudir a la con-

sabida espera de que se traslade el procedimiento al concluir el mismo, para, en ese momento, examinar la suficiencia de lo obtenido por el juez de instrucción o se pedir lo que se precisaba.

Aunque podamos estar de acuerdo con la necesidad de potenciar presencia del Ministerio Fiscal desde el inicio de la instrucción, y que nos es exigible, una actuación real de examen del curso de la instrucción desde su inicio, la realidad demuestra que no ha sido una supuesta dejación de funciones del Fiscal lo que ha dificultado el control progresivo y obligado sobre aquella, sino una problemática, no superada, en la que confluyen, por un lado, el mantenimiento de las causas en las oficinas judiciales reduciendo los traslados por coste o incomodidad, y por otro, el incremento de servicios y presencia en actos procesales y ámbitos de actuación donde antes no estaba el Fiscal. Problemática que actualmente no ha cambiado, ni por los medios, ni por lo que ha demostrado la actuación de muchas oficinas judiciales durante la revisión total realizada a lo largo de este primer semestre de 2016.

La Circular FGE 5/2005, antes mencionada, hace un estudio de los efectos del artículo sobre el Ministerio Fiscal, lo suficientemente detallado, y con criterios lo suficientemente diáfanos como para no trasladar menciones reiterativas, en este apartado del artículo.

Lo que parece evidente es que, el legislador quiere superar ya respecto al Ministerio Fiscal y las partes, posiciones jurisprudenciales flexibles, que fueron permitiendo al Ministerio Fiscal ir cumpliendo sus funciones, dado que se descartaban criterios rígidos respecto a los plazos a él exigibles, salvo en el ámbito de los recursos. La redacción del artículo 324 LECrim va a impedir extrapolar a estos supuestos, la jurisprudencia respecto a los plazos, por presentación extemporánea del escrito de calificación. Exceso de plazo que era definido como un defecto formal que no se identificaba con ningún tipo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque en algunas de las resoluciones se atisbaba la posibilidad de anulación por indefensión.¹⁷

3.2.2. La reforma impone al Ministerio Fiscal la obligación de instar el dictado de una resolución de conclusión por el juez de instrucción

Esta obligación ahora expresa, estaba ya en las obligaciones generales del Fiscal controladas por la Inspección.¹⁸ Ya en época de la República, los fiscales no solo debían dar cuenta a la Fiscalía General de la República de la inspección personal sobre la demora de los sumarios, sino que se añadía la necesidad de impulsar la conclusión (... *debiéndose instar su terminación*), dejando para el juicio oral el auténtico desenvolvimiento de la prueba.¹⁹

¹⁷ La STS 599/2015, recoge numerosas sentencias anteriores sobre la cuestión, en las que se acude a la interpretación del artículo 215 (en supuesto de falta de formulación de una pretensión o dictamen en el plazo señalado por la ley, el Juez o Tribunal fijara un segundo plazo. Así también en la STS 878/2002 se considera improcedente que se prive a la parte acusadora de su derecho al ejercicio de la acción penal en función de un mero retraso en la calificación de los hechos, es decir, de un defecto formal no excesivamente trascendente al que la ley en ese momento no atribuía expresamente este efecto. De hecho resulta interesante de esta sentencia que al negar que se otorgue al plazo para calificar un carácter absolutamente insubsanable, no solo se basa en que no se establece expresamente en la Ley sino en que no resulta conciliable con los principios generales del proceso penal, en el que por lo general rige la posibilidad de subsanación salvo en materia de recursos. También la STS 732/2003 de 22 de septiembre, niega la preclusión de la acusación fuera de plazo, por entender entre otras razones que las normas contenidas en los arts 134 y 136 LEC, cuya aplicación se interesaba, no son supletorias al existir una regulación expresa de los términos judiciales en el Título IX del Libro I de la LECrim. Más recientemente la STS 538/2015 de 30 de septiembre, en un caso de incumplimiento por el Ministerio Fiscal del plazo para calificar, sin que constará solicitud de prórroga ex art 781.2, niegan la indefensión y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pero implícitamente venía ya a afirmar el efecto preclusivo siempre que haya requerimiento previo del juez de instrucción (...) *teniendo en cuenta los principios que rigen la actuación del Ministerio público, la vulneración que se pretende, solo puede ser reconocida si ha generado efectiva indefensión a la parte que la denuncia. Si ello no tiene lugar, la calificación del retardo y omisión subsiguiente debe ser la de una mera infracción procesal sin relevancia constitucional efectiva. Ello es lo que sucede en el presente caso. La omisión por el Juez de Instrucción del requerimiento pertinente al Fiscal superior del actuante, a la vista del retraso del asunto, requisito previo para declarar la preclusión, no constituye por misma indefensión efectiva al acusado sino mera demora en la tramitación del procedimiento, lo que puede tener su traducción en atenuante del art 21.6 CP.*

¹⁸ Desde hace años, los Protocolos de Inspección de la FGE inciden en la necesidad de comprobar en cada Fiscalía territorial, en el apartado de registro y control de causas, el específico de las causas del juzgado que lleven más de seis meses sin ingresar en la Fiscalía, desde su incoación o desde la última salida de la misma. Control pues a través de los Servicios de inspección de la actividad de la Fiscalía en el seguimiento de la tramitación de los procedimientos en instrucción, que sin la adecuada herramienta informática, exigía un esfuerzo añadido de petición de listados o revisión de libros y carpetillas, no siempre sencillo de cumplir.

¹⁹ Las Órdenes de 21 y 23 de marzo de 1932, abundaban en esa idea, imponiendo el rechazo de las diligencias que no se considerasen esenciales y las que fueran susceptibles de practicarse en el acto del juicio.

Del mismo modo, cuando la LO 7/1988, de 28 de diciembre, introduce el Procedimiento Abreviado, la Circular 1/1989, recordó la obligación del Fiscal de constituirse desde que se tuviera conocimiento del inicio de actuaciones, siguiendo los trámites, examinando si las diligencias previas se corresponden con un procedimiento abreviado, *....eliminando trámites superfluos o reiterantes..... hasta para prescindir de fases enteras del procedimiento, cuando se entienda puede llegarse sin ellas a una resolución del tema procesal.* Esta importante Circular, cuyos efectos se fueron diluyendo a lo largo de años sucesivos, en parte por el número insuficiente de fiscales, señalaba también la necesidad *....de utilizar sin vacilaciones ni desidias, los mecanismos de aceleración del proceso* Mecanismos, que incluían entre otros muy importantes de no reiteración de diligencias, algo similar a lo que se señala en la modificación actual.... *Solicitar la inmediata conclusión de las diligencias previas tan pronto estime suficientes las actuaciones practicadas para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.*²⁰ El número de Instrucciones y Circulares posteriores reiterando el cumplimiento de dichas obligaciones es lo suficientemente conocido como para remitirnos a los boletines publicados.

En resumen, por la vía de Instrucciones y Circulares se ha venido intentando una mayor participación del Fiscal en la instrucción que dirigía el juez, por lo que, la única diferencia real en este aspecto, es que, ahora, el legislador, al establecer expresamente la obligación de instar y recordar la emisión de resolución, no quiere admitir que (aun reconociendo en ocasiones dejación de cumplimiento de nuestras obligaciones en esta materia), lo que ha impedido asumir tal obligación, es la problemática aludida que se mantiene en este momento.

Nada debiera impedir a la defensa u otras acusaciones instar la emisión de dicha resolución. La única diferencia es que para el Ministerio Fiscal es obligación lo que en ellos es facultad.

Resulta complicado imaginar un escenario de cumplimiento estricto y general de esta obligación por el Ministerio Fiscal, instando al juez de instrucción a la emisión de resolución. De hecho, aunque se pone el acento en otros puntos de la reforma, la exigencia del legislador del dictado de resolución puede tener un mayor significado y trascendencia si interpretamos que son las resoluciones las que realmente abren y cierran las fases, y por tanto las facultades del instructor.

4. Consecuencias del exceso en los plazos

Se decía en apartado anterior, que el preámbulo de la ley insiste (por dos veces) en que hay consecuencias por el exceso en los plazos. Pero no avanza hasta decir expresamente que hay posibles causas de anulación o exclusión de lo practicado fuera de plazo. Dados los términos del número siete del artículo 324 al afirmar *.... Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos.....*, se ha querido de inicio y a sensu contrario interpretar que las acordadas con posterioridad no pueden considerarse válidas. Esta interpretación fue descartada inicialmente desde diferentes ámbitos, explicando que este apartado,²¹ tenía como razón de ser, dejar simple y claramente expuesto el principio de conservación de las diligencias que llegan al proceso fuera de plazo. Por su parte, la Circular 5/2015 de la FGE, al tratar los efectos del transcurso de los plazos máximos, considera que (..) no pueden considerarse prueba ilícita, y *mantienen su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas.*

²⁰ La Circular 1/1989, al especificar la forma de cumplir con las obligaciones que la reforma legal imponía al Fiscal, tiene algunos párrafos, cuya vigencia resultan triste y lamentablemente muy actuales... *No puede por menos de reconocerse que todas esas tareas exigen una presencia efectiva y vigilante del Fiscal, en el nuevo procedimiento abreviado-y en general en todos los procesos penales por delito-que representa un esfuerzo para el Ministerio Fiscal, cuyas actuales plantillas, ya de por sí insuficientes para abordar esas tareas, se encuentran además incompletas, y cuyos efectivos y de personal de apoyo está por debajo de las necesidades actuales y más aun las futuras de su labores (.....) El esfuerzo para abordar con efectividad las funciones que el nuevo proceso encomienda al Ministerio Fiscal, que no dudamos realizarán todas las Fiscalías, servirá para iniciar una nueva andadura y unas pautas de actuación, que podrán ser culminadas cuando las previsiones legales de aumento de plantillas, programadas hasta 1992, se vean cumplidas y la dotación del Ministerio Fiscal permita atender a todas sus funciones, sin el sobreesfuerzo que ahora se pide a sus miembros....*

²¹ Así lo ha expuesto por ejemplo, Nicolás Cabezudo Rodríguez, profesor de Derecho Procesal y Vocal asesor en el Ministerio de Justicia.

Referencia ineludible en este tema es, recordar la regulación actual sobre los supuestos de nulidad. Desde la clasificación doctrinal de las nulidades por sus efectos (inexistencia, nulidad absoluta o radical, por defecto insubsanable, nulidad relativa o anulabilidad, cuando el vicio o defecto es subsanable alegándose a instancia de parte, o mera irregularidad, en la cual se da una infracción de algún requisito menor, sin consecuencias procesales, sino meramente administrativas o disciplinarias), hay que pasar más concretamente a la que hoy establece el artículo 240 LOPJ, esto es, nulidad de pleno derecho y defecto de forma en un acto procesal que implique ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión. El art 238 LOPJ, permite la nulidad de pleno derecho, cuando el acto adolece de un requisito esencial, con una última referencia abierta en su número 6, a la nulidad en los casos en los que las leyes procesales así lo establezcan. Más concretamente, respecto a la anulación por razón de plazo, el artículo 242 de dicha norma, recuerda que las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiera la naturaleza del término o plazo.

La distinción entre pruebas que lesionan un derecho fundamental y las que vulneran la legalidad ordinaria sigue siendo relevante. Se ha tratado en ocasiones la cuestión de si la infracción de la legalidad ordinaria lesiona el derecho a un proceso con todas las garantías y en esa medida ya se ha vulnerado un derecho fundamental, pero tal postura llevaría a considerar que cualquier infracción procesal sería contraria a las garantías, cuando ello no es así. El efecto de una infracción procesal es la no eficacia de lo que se buscaba con esa norma, y solo si se causa indefensión podemos pasar a ese otro nivel lesivo del derecho.

La jurisprudencia generada hasta ahora por recursos sobre exceso de plazo en la actuación judicial, parte de considerar que un proceso sin dilaciones indebidas no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, incluso no toda dilación o retraso en el proceso penal puede identificarse con violación del artículo 24.2 CE.

La conclusión de todo ello, es que, en realidad, no cabe una respuesta única para todos los casos en los cuales el juez de instrucción actúe fuera de plazo y es exigible una cierta ponderación de lo actuado, sobre todo teniendo en cuenta el concepto jurisprudencial de indefensión.²² Por ello, hasta que se consolide una relativa doctrina al respecto, la posición que debiera adoptarse, es el de máxima prudencia sobre la base del principio de conservación de actos procesales y la consideración de la nulidad absoluta o relativa, como excepción.

Es claro que no puede admitirse una cláusula general de validez a lo acordado y actuado fuera de plazo, puesto que ello implicaría la ineficacia total y de facto de lo plasmado por el legislador, pero tampoco es conveniente llegar, en este primer recorrido de la reforma, a conclusiones demasiado rigurosas sobre anulabilidad de lo acordado fuera de plazo.

Sin ánimo exhaustivo, puesto que la realidad nos mostrará muchos más casos, podemos detallar algunos de los supuestos posibles:

4.1. El juez de instrucción no emite la resolución de conclusión en plazo.

El incumplimiento de la regla general de observancia de términos y plazos por el Tribunal, esto es el retraso del Tribunal en dictar el acto que procede, no afecta a la validez de la resolución. Ello sin perjuicio, como ya se decía, de la responsabilidad disciplinaria que pudiera derivarse, la aplicación en su caso de las atenuantes de dilaciones indebidas o la petición de compensación que por mal funcionamiento de la administración de justicia pudiera en algunos supuestos

²² La indefensión constitucionalmente prohibida es la derivada del órgano jurisdiccional generadora de prohibiciones o limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa y con causa en actuaciones jurisdiccionales que menguan o privan del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en situación de igualdad (STC 52/97, de 17 de marzo). Ha de ser material, no meramente formal, constituir una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba; ha de ser total y absoluta, con reducción a la nada de las posibilidades de defensa; definitiva, lo que no se producirá cuando la situación de indefensión pueda ser reparada.

excepcionales demandar el afectado. Si en esos casos, el Ministerio Fiscal no insta del juez de instrucción la resolución que considere oportuna al cumplirse los plazos, según establece el apartado 6, puede igualmente ser incumplimiento de una obligación, siempre que los Servicios de Inspección aprecien que tuvo posibilidad de hacerlo.

En consonancia con lo anterior, el Ministerio Fiscal instará al Juez para que emita resolución, al excederse el plazo, distinguiéndose dos supuestos:

4.1.1. Con diligencias pendientes

El juez puede esperar a las mismas para acordar en consonancia con su resultado. Esta parece ser la interpretación de la Circular 5/2015, cuando señala *“Debe partirse de que si existen diligencias acordadas dentro de plazo y pendientes de recepción por el órgano jurisdiccional, no procederá el dictado de la resolución prevista en el apartado sexto del art 324 hasta tanto no se incorporen a los autos”*. Esta solución frente a lo pendiente, tiene sentido cuando ello es relevante para la conclusión. Ahora bien, puede suceder que el Fiscal discrepe de la necesidad de la espera puesto que su resultado no resulta relevante para archivar o formular acusación, y debiera bastar, en este segundo caso, dejar que se incorporen las mismas a la siguiente fase (ejemplo una documental que sirve para completar la prueba en el juicio oral, pero innecesaria para concluir la fase de instrucción, por existir suficientes datos para ello). En ese caso la exigencia de dictado de resolución, puede ser correcta y es acorde con el impulso del proceso que corresponde también al Fiscal. Puede chocar con la negativa bien fundamentada del juez de instrucción, por entender que el resultado si puede influir en su decisión final. Discrepancia a resolver por la vía de los recursos, aunque debiera tenerse en cuenta que el plazo para resolver los mismos, puede ser mayor que la propia espera de las diligencias pendientes.

En el caso de que el Fiscal considere que los elementos existentes en la causa y los resultantes de los pendientes, no influyen en su consideración de archivo, si no hay otra acusación personada, sería lógico, en línea con la finalidad de la reforma de evitar dilaciones indebidas, interesar se dicte la resolución que proceda.

4.1.2. Sin actividad

El propio artículo establece el plazo de quince días para que el juez resuelva sobre la petición realizada por el Ministerio Fiscal. La obligación de resolver sobre una petición que se deriva del art. 11.3 LOPJ (*Los juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva (...) deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen...*), cuando ha sido incumplida, no se ha cuestionado por los respectivos servicios de inspección, salvo en casos anómalos de numerosas sentencias o resoluciones pendientes. La experiencia nos demuestra que puede repetirse en este caso, lo que sucede con otras peticiones (de práctica de diligencias, de sobreseimiento...), que no resueltas por el juzgado en el plazo establecido, su emisión posterior incluso a través de una resolución que aborda otras cuestiones, se ha entendido que subsana la omisión inicial.

Si atendemos a la finalidad de la norma, la exigencia habitual por el Ministerio Fiscal de dictado de resolución, sería acorde con la necesidad de incrementar el impulso procesal. Y sería sencillo acudir por parte de las Fiscalías a una fórmula de cumplimiento generalizado y simple de la obligación de impulso, mediante la remisión de un modelo estereotipado a la conclusión de plazo, instando al juez a que se pronuncie, sobre la base de un examen general de listados que advierten de la conclusión del plazo. Pero ello puede chocar con práctica de diligencias pendientes o no conocidas en ese momento, siendo así, que superada ya la situación de revisión general, este recordatorio estereotipado resulta impropio de la actuación del Fiscal en el proceso. Sobre todo teniendo en cuenta que al respecto ya existe la obligación legal del Letrado de la Administración de justicia de dación de cuenta al juez del cumplimiento de los plazos o términos.

La posibilidad para el Ministerio Fiscal de llevar a cabo esa obligación legal con cierto rigor, dependerá del grado de conocimiento y comunicación de las actuaciones a las Fiscalías o del

desarrollo de las aplicaciones informáticas, tal y como se dirá en el apartado siguiente. Pero su exigencia, debiera entenderse más como un supuesto en la línea anteriormente expuesta, esto es, para los casos en los el Fiscal considera que la instrucción está claramente abocada a una posición procesal concreta, sea sobreseimiento o acusación y considera innecesaria la continuación de actividad instructora.

4.2. Acordar y practicar diligencias fuera de plazo

El juez transcurrido el plazo no emite la resolución y continua acordando y practicando diligencias de instrucción. Se decía en los apartados anteriores, que no dictar resolución no genera nulidad y simplemente la nueva subsana la falta anterior. ¿Qué sucede con las restantes resoluciones de práctica de diligencias que se acuerden antes de dictar esa resolución que debiera haber dictado en plazo y con su resultado?

Posiblemente si prospera la tesis de que el juez de oficio puede acordar su propia ampliación de plazo sin necesidad de que nadie lo solicite²³, lo lógico es que el juez de instrucción, emita la correspondiente resolución y actúe dentro de esas coordenadas, por lo que no será habitual encontrarse actuaciones sin la resolución habilitante. De este modo, la discrepancia sobre la ampliación de plazo que acuerde el juez, será simplemente objeto de recurso, de no compararse su conveniencia.

De lo que se trata es de examinar la actuación sin resolución habilitante, como está sucediendo ya en algún caso. Y respecto a esa actuación, si la consecuencia debe ser la misma, tanto si se trata de diligencias derivadas de las acordadas en su día respetando los plazos, como si son diligencias nuevas no relacionadas.

4.2.1. Acordar y practicar diligencias derivadas del resultado de las que se practicaron fuera de plazo

El juez instructor acordó en su día unas declaraciones, dejando, por razones de agenda u otras causas, su práctica para momentos posteriores al plazo límite. Del resultado de las mismas, y por tanto, ya fuera de plazo, aparece la necesidad ineludible de practicar otras. Esta necesidad puede surgir.

- porque el resultado de las anteriores ha cuestionado otras diligencias tenidas en cuenta de inicio,
- porque de aquellas, se abre una línea de prueba que, de diferirla para el momento del juicio, puede desvirtuarse o, simplemente, resulte dificultoso obtenerla en otro momento.
- porque aparezca un nuevo hecho o un nuevo autor

En los dos primeros casos, o bien admitimos una resolución habilitante posterior y extemporánea (declarando complejidad o plazo máximo fuera de los plazos que el legislador permite), o bien admitimos la posibilidad de esta actuación, puesto que cualquier otra opción, sería limitar la necesaria obtención de la verdad material del proceso penal.²⁴

²³ La Memoria de la FGE recientemente publicada, recoge al tratar la propuesta de reforma del nuevo art. 324 LECrim, que (...) *Debe quedar claro (el texto vigente ha suscitado dudas) que la declaración de complejidad, la prórroga y la fijación del plazo máximo puede ser acordada por el Juez de oficio.*

²⁴ No es tan inusual, el caso de que, sin maniobras torticeras ni impeditivas de los testigos, estos no sean localizados o no puedan acudir en unos momentos procesales prefijados, de forma que cuando comparecen, ya fuera de plazo, y su declaración resulta de mayor trascendencia de lo que inicialmente parecía, de ella se derive la necesidad de nuevas diligencias. Situación que debiera poder justificar que el juez acuerde o el Ministerio Fiscal interese nuevas diligencias, que el exceso de plazo sin haber pedido o acordado su ampliación vedaría. Del mismo modo, pueden existir dificultades para la obtención de determinados datos (incluso por error en la forma de pedir o a quien se dirige, o por desconocimiento de nuevas formas de criminalidad y su detección), que influyen en la duración de una investigación. Es el caso de que el resultado de una diligencia practicada de plazo, acredite el error de la persona a la que se dirige. Acordar el cambio de las personas o entidades que han de declarar o ser requeridas, aunque fuera de plazo, cuando se manifiesta claramente un error, incluso un error por negligencia o ignorancia, debiera admitirse como posible, puesto que lo importante es que se había acordado un concreto requerimiento de colaboración, o una declaración testifical, en resumen y en definitiva, una línea de obtención del dato no sorpresiva, conocida, motivada en su día y procedente.

Respecto al tercero de los supuestos, pudiera admitirse que el nuevo hecho o el nuevo autor den lugar a procedimientos nuevos o piezas separadas, con nuevos plazos, aunque al final estaremos ante coberturas formales, que inflaran los números de los juzgados, que pueden complicar la tramitación con testimonios, y pueden dar lugar a mayor número de juicios, cuando la entidad del hecho y del procedimiento no lo justifica.

Centrándonos en el caso de que aparezcan indicios de otro autor (bien que no se conocía o bien que, quien declaró como testigo, a resultas de las diligencias practicadas fuera de plazo debe ser imputado), esa posibilidad de abrir una pieza específica con nuevos plazos para ese otro autor, donde practicar las diligencias que procedan respecto al mismo, podría evitar cualquier cuestionamiento de indefensión, pero debiera procurar siempre, que el enjuiciamiento posterior fuera conjunto, de forma que se suspenda el procedimiento inicial a la espera del siguiente, para evitar reiteraciones de actos procesales y práctica de prueba por partida doble.

En todo caso, el problema se planteara solo en los supuestos en los cuales el material recopilado no fuera suficiente, debiendo practicarse diligencias derivadas. En aquellos otros que no sean precisas diligencias nuevas, o no se interesen, y siempre que el proceso haya garantizado todas las posibilidades de la defensa u otras partes, con un trámite de petición de diligencias, dando traslado de la investigación, puede ser razonable, simplemente acordar y practicar la declaración de imputado para concluir el procedimiento, incluso cuando esta sea manifiestamente acordada fuera de todos los plazos.

Ello, por cuanto la naturaleza de esta diligencia desde una perspectiva constitucional, no puede considerarse como tal diligencia de instrucción, sino que en palabras de la STS 483/2011 de 30/ 5/2011, (...) *en una consideración global del sistema, el resultado es la renuencia expresa a servirse del imputado como fuente de prueba*".

En el mismo sentido, el retraso en la comunicación de la existencia de un procedimiento a personas individualizadas desde el inicio, que en este momento tiene mayor trascendencia que antes, no parece que pueda tener otros efectos o consecuencias de tacha dilatoria o de prescripción, que los que hasta ahora se admiten, ya que el artículo 324 pueda entenderse como un artículo que complementa o cambia los requisitos del ejercicio de la acción penal, introduciendo caducidad donde la norma no lo expone. Sirvan de todos modos estas líneas, para recordar que es una práctica de muchos juzgados, no dar traslado de la investigación o denuncia en los casos de inhibiciones territoriales o cuestiones de competencia en general, lo que hoy es más rechazable, habida cuenta la no suspensión de los plazos por esa causa. Esta falta, del mismo modo que cuando por razón de esas cuestiones, y a pesar de la clara contradicción con la norma, se suspenden de facto las tramitaciones, solo podrá atemperarse, si se considera que es uno de los supuestos que permite la declaración de complejidad, lo que no parece posible en una interpretación estricta de la misma.

Un tercer supuesto, sería la aparición, en esas diligencias practicadas fuera de plazo, de indicios de otro hecho relacionado. Abrir otro procedimiento puede ser una solución adecuada, aunque entran en ese momento, las siempre complicadas cuestiones de reparto. Si por reparto corresponde a otro juez, en todo caso, debiera también lograrse el enjuiciamiento conjunto, previa suspensión o espera del que primero concluya, evitando reiteraciones de declaraciones de testigos y otras pruebas, por enjuiciamiento separado.²⁵ La solución de que sea el mismo juez, el que en otro procedimiento tramite el nuevo hecho aparecido en las diligencias practicadas fuera de plazo, tendría el inconveniente, de poder convertirse en una puerta falsa dirigida en realidad a ampliar plazos de instrucción que no se tienen, para luego llevar lo practicado como prueba al procedimiento inicial.

²⁵ El CPP de 2013 aportaba una interesante opción incluso más amplia, en su artículo 24.3, al señalar, después de la regla inicial de que los delitos conexos se investigarían y enjuiciarían en la misma causa, que... *Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo tribunal, podrán ser enjuiciados en la misma causa si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulta conveniente para evitar esfuerzos y gastos superfluos, cuando no suponga excesiva complejidad ni dilación para el proceso.*

De optarse por la interpretación de que se debe generar un nuevo procedimiento, en el cual, en buena lógica, ha de servir lo actuado en el anterior, para evitar el cuestionamiento de alguna medida lesiva de derechos acordada en el anterior, habrá que estar a lo dispuesto en el Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo de 2009, esto es, si se impugna en tiempo la legitimidad de ese medio de prueba, quien la propone habrá de justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

4.2.2. Acordar y practicar diligencias nuevas no relacionadas ni derivadas de las acordadas en plazo y practicadas fuera del mismo

En este apartado, existirían dos grupos, uno primero, similar al anterior, en el que surgen elementos nuevos sobre autor, hecho o circunstancias relevantes para el proceso y su conclusión, y aquellas otras que no tienen soporte alguno nuevo, sino que se derivan de una nueva decisión del juez de instrucción

- Aquellas diligencias cuya necesidad se pone de manifiesto fuera de plazo, y en las que el juez de instrucción asume la necesidad de acordarlas, por razones de riesgo para su obtención o reproducción en fase de juicio oral. La obligación del juez de instrucción derivadas de nuestra norma procesal para la averiguación del delito y el autor, justificarían tal actuación, o con más apoyo si tenemos en cuenta que la búsqueda de la verdad material es de tal importancia en el proceso penal, que justifica la suspensión del juicio oral y la posibilidad de reeditar una instrucción, aunque esta sea sumaria y complementaria. ¿Si ello se permite del juez enjuiciador, como podemos justificar su negativa en el juez instructor?

Ejemplo de lo anterior, puede ser la noticia de que un testigo padece una enfermedad física o mental, que puede imposibilitar definitivamente su asistencia al juicio oral. Las razones de salvaguarda de tal prueba para hacerla valer como preconstituida, exigirá que el juez acuerde su práctica, si la diligencia no se había practicado o la practicada en su día no reunía las características jurisprudenciales para tener eficacia en el plenario.

Otro ejemplo, de mayor entidad, puede ser, el de que, fuera de los plazos la policía o terceros comunican la existencia de posibles evidencias del delito que precisan una medida lesiva de derechos. Si el presupuesto de tales noticias se soporta adecuadamente, lo absurdo sería, por lo que decíamos anteriormente, acudir a una pieza separada o nuevo procedimiento por los mismos hechos, para luego unirlo al anterior, puesto que no estamos ni ante un hecho nuevo ni ante otro posible autor. La jurisprudencia sobre validez de las medidas lesivas de derechos, no parece que pueda cambiar por razón de los plazos de instrucción. Si existe juez con competencia, sustrato suficiente en la petición, motivación y adecuación a los requisitos de tipo de delito y pena, el paso a dar para negar validez al registro autorizado, supondría partir de que el exceso de los plazos excluye la competencia del juez de instrucción para acordar un registro, en un momento en que el Tribunal Supremo, revocando sentencias de Audiencia Provincial que anularon los registros y el valor probatorio de lo así obtenido, por razones estrictas de considerar las sospechas policiales no suficientes, ha venido a insistir en la necesidad de una interpretación que sea coherente con el hecho de que hay numerosos supuestos en los que es precisa una rápida intervención tendente a la pronta ocupación, sin las demoras que produciría una investigación más amplia. (STS 811/2015, de nueve de diciembre).

Cierto es que el primer obligado al cumplimiento de los plazos es el juez al que la norma se lo impone, pero el incumplimiento no debiera tener consecuencias negativas, si se dan los presupuestos que justifican la validez de la medida lesiva (proporcionalidad, adecuación, control...). De hecho, en el aspecto del control paulatino de la medida, cuando no se han respetado los plazos impuestos por el juez a los funcionarios policiales, el TS en la sentencia anteriormente citada, frente a lo expuesto por la Audiencia Provincial, que entendía existente una infracción del debido control con nulidad de los frutos obtenidos, venía a considerar, que *.. esas irregularidades tan sólo tendrían, en todo caso, una mera trascendencia de carácter procesal y en ningún caso constitucional, porque constan en las actuaciones las continuadas remisiones al órgano jurisdiccional de las grabaciones obtenidas, aunque no ajustadas a los referidos plazos...*

de forma que pudo seguir en un tiempo razonable la evolución de las diligencias, que es la esencia del control.

La jurisprudencia existente sobre el valor de los plazos en todo tipo de actuaciones, se alinea con un criterio de flexibilidad no invalidante respecto a la actuación fuera de ellos, siempre que se den los restantes requisitos, que justifican la medida. Sobre todo si tenemos en cuenta que esa evolución jurisprudencial mantiene que los plazos deben ser cumplidos, pero que su incumplimiento es una infracción procesal cuya traducción y subsanación corresponde al órgano jurisdiccional, resultando complicado encontrar algún supuesto en el que ese incumplimiento, provoque indefensión a alguna de las partes, puesto que la prueba se propondrá y desarrollara en otra fase procesal, con las consiguientes posibilidades de impugnación y contradicción.

- Distinto es el caso, en el cual, sin ese soporte previo y fundado, el juez de instrucción, continua enlazando diligencias fuera de plazo. En estos casos, la norma puede ser el adecuado factor corrector que por razón de los nuevos plazos que eviten dilaciones, justifique la admisión del recurso a interponer contra la resolución correspondiente. Ante la situación de manifiesto exceso de actuación por parte del juez de instrucción, en el bien entendido que las diligencias puedan ser practicadas en el juicio oral, o son irrelevantes para la acreditación de hechos o autor, la postura lógica del Fiscal debiera ser recurrir el acuerdo de tal diligencia por fuera de plazo, falta de adecuación a lo existente en el proceso hasta ese momento, e interesar la suspensión de la diligencia. Independientemente de dicho recurso, ha de recordarse que, la Circular 5/2015, considera que tales diligencias fuera de plazo no pueden ser asimiladas a la prueba ilícita, por lo que mantienen su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas.

Concluyendo con este apartado, también es obligado decir que las conclusiones, son propias de un primer recorrido de la norma, por cuanto partimos, como precedente, de una regla general según la cual, acordar diligencias extemporáneas será simplemente una contribución del juez de instrucción a la dilación, en la medida que la prueba se debe practicar en juicio. No es fácil aventurar una respuesta diferente, si, como se decía en anterior apartado, el Tribunal que deba interpretar la validez de lo actuado por el juez de instrucción fuera de plazo, va a encontrarse con situaciones, muchas de ellas, justificadas y suficientemente motivadas.

Nuestra práctica procesal, avala esa conclusión, por cuanto los Tribunales, al analizar otros supuestos para determinar si la naturaleza del plazo que establece la ley para un acto procesal arrastra la invalidez de lo actuado, han ido matizando su posición inicial, en atención a los muy diferentes casos que se sometían a su consideración. Es el ejemplo de los juicios orales que se suspenden iniciada la práctica de prueba, y tienen un nuevo señalamiento excediendo el plazo máximo de 30 días que fijaba el antiguo art. 793.4 LECrim (curiosamente la ley lo establece para los procedimientos abreviados, no para el sumario). Existiendo pronunciamientos diferentes, el Tribunal Supremo, considero en alguno de los supuestos, que la exigencia de cumplimiento estricto del plazo (...) *no puede excepcionarse al amparo del art 202 si se quiere mantener la validez de los actos realizados. La gravedad de las consecuencias que resultan de su inobservancia -pérdida de validez de lo actuado y por consiguiente necesidad de repetir las pruebas hasta entonces practicadas- exige de los Tribunales de instancia un especial cuidado y celo a la hora de hacer el nuevo señalamiento para la reanudación de un juicio que haya de suspenderse, de modo que sólo en el caso de una total y absoluta indisponibilidad de días y horas hábiles para la continuación del juicio dentro de los treinta días siguientes al de la suspensión se justifica hacer un señalamiento fuera del plazo máximo autorizado.* (STS581/2000, de siete de abril).

Sin embargo, aunque se declare la no validez de lo actuado fuera del plazo señalado, también es cierto que el fundamento que a continuación se refleja para tal sanción, no se encuentra en la esencia de lo que son las diligencias de instrucción o cuando menos no en todas. Así, la sentencia en su FJ 3 indica que (...) *la gravedad de las consecuencias de su infracción aconseja interpretar la exigencia y su alcance con acomodo en su fundamento verdadero, que se*

encuentra, como dice la sentencia de 29 de marzo de 1999, dentro del ámbito procesal ordinario del principio de concentración, en la necesidad de evitar se desnaturalice la posibilidad de juzgar sobre la prueba ya producida. La posibilidad de errores valorativos en la ponderación de pruebas practicadas ante el Tribunal, aumenta cuanto mayor sea el lapso de tiempo transcurrido entre la percepción sensorial de la prueba por el Tribunal que la presencia y el momento de su valoración, terminado ya el juicio oral (.....) por ello la ineficacia sobrevenida de las pruebas practicadas en el juicio suspendido con reanudación fuera del plazo máximo de treinta días debe entenderse condicionada a la posibilidad de un error en la valoración probatoria.

A pesar de la solidez de estos argumentos, resoluciones posteriores, como la STS 97/2010, de 10 de febrero, ya con relación al art 788.1 LECrim niegan que haya nulidad de toda la prueba. (De hecho fundamentan la existencia de justa causa que posibilitaría la aplicación de lo dispuesto en el artículo 202 LECrim, en los problemas de un testigo por razón de su embarazo).

El Tribunal acude al fundamento del artículo, que considera es el respeto a la unidad de la vista y el principio de concentración de la prueba, evitando que se desnaturalice la posibilidad de juzgar sobre ella adecuadamente, por la posibilidad de errores en la percepción sensorial, y entiende que ahora las técnicas de reproducción de la imagen y del sonido permiten compensar el déficit de concentración.

Este ejemplo, avala la posibilidad de que la respuesta sobre la validez de lo actuado fuera de plazo, no sea única. Del mismo modo que no será lo mismo una continuación de juicio al cabo de dos o tres meses que al cabo de un año, con una grabación adecuada o defectuosa, etc....., trasladando esas mismas reglas de valoración empleadas en el ejemplo anterior, a la interpretación del art 324 LECrim, parece conveniente que el Tribunal examine el tipo de diligencia (diligencias que por su propia naturaleza puede ser subsanadas en el juicio oral, como testimoniales, documental..., y las que no pueden serlo), su razón de ser, su motivación y adecuación a un hilo conductor necesario, incluso el fundamento de la modificación del artículo en las dilaciones indebidas, para establecer unas u otras consecuencias.

Por ello, y recordando que la auténtica prueba se practica en el juicio oral, aunque admitamos el efecto preclusivo estricto de los plazos para el juez de instrucción que no debe acordar o practicar diligencias fuera de los mismos, en mi opinión, en esta primera época de la ley, el éxito será generar esa necesidad de respeto y ajuste a los plazos y sobre todo, lo que me parece igual de importante, la necesidad de motivar expresamente por resolución, que el exceso en los plazos se produce por unas razones concretas de eficacia procesal o evitar dilaciones indebidas posteriores, diferenciando así las actuaciones justificadas de los meros e injustificables retrasos de actuación. Lo que resulta en cambio contrario a la lógica, es que una norma que nace con la intención de acabar con las dilaciones, obligue a excluir lo actuado o reiterarlo por el hecho de no cumplimiento del plazo.

Esta interpretación puede tener su fundamento en la obligación general, de la que se hacen eco numerosas sentencias, de interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada, sino en un sentido amplio y no restrictivo, evitando que por un formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o *resulten desproporcionadas respecto a los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso*. Hoy por hoy el juez de instrucción no ha sido limitado en la reforma para impulsar y dirigir el avance del proceso penal, por lo que, no es descartable que se vayan convalidando actuaciones judiciales fuera de plazo, reduciendo la repercusión real de la reforma.

4.3. Diligencias de instrucción que el juez de instrucción ha de practicar por razón de los recursos interpuestos, cuando estos se resuelven fuera de plazo o generan actuación fuera de plazo

La posibilidad, prácticamente inagotable, de recursos contra denegación de diligencias que se van paulatinamente pidiendo, puede en ocasiones encajar en las actuaciones procesales contrarias a la buena fe o temerarias prohibidas por razón del art 11.2 LOPJ, lo que motivaría según la Circular 5/2015 .. *“que no corre el plazo”*. Pero en la mayor parte de los casos, puede tener su razón de ser y derecho, se reconozca o no el mismo al resolverse el recurso. Ha de traerse a colación el tema de los recursos, por cuanto se constata, que las Salas que resuelven en apelación tienen unos plazos, a los que se suman los propios de tramitación de recurso y posterior devolución al juzgado, que en muchos casos pueden consumir los plazos límite, de forma que cuando el Tribunal de apelación emite su resolución, han pasado los mismos. De este modo, la resolución que habilita para la práctica de diligencias de instrucción fuera de plazo, ha sido dictada fuera de plazo. Nada hay en la reforma que permita pensar (ni sería deseable por el efecto llamada al recurso que en ese caso, se produciría), que hay una excepción a la regla general del artículo 311 LECrim, por la cual este tipo de recurso solo se admite en un efecto, de lo cual se infiere la clara posibilidad de “resoluciones habilitantes” para actuar fuera de los plazos, siendo así que esas resoluciones no son de complejidad o plazo máximo, que son aquellas a las cuales la ley les da esta posibilidad. Ello se puede además complicar, si el tribunal opta por añadir la fórmula de “sin perjuicio de la práctica de diligencias de instrucción que estime procedentes”, donde no solo se habilitan diligencias concretas sino las derivadas.

Siendo ello una constatación más, de que hay muchos supuestos en los cuales hay posibilidad de acordar diligencias de instrucción fuera de los límites legalmente establecidos, pudiera ser deseable, una nueva práctica, en la cual el tribunal de apelación, o bien declara u ordena declarar la complejidad o plazo máximo, cuando se aprecie ese transcurso de plazos por razón del recurso interpuesto. O bien, que, a prevención, el propio órgano de instrucción, cuando se interpone el recurso, opte por declarar la causa compleja. Esta segunda posibilidad, puede generar, como así ha sucedido, que se interponga recurso también contra la decisión de ampliación del plazo por razón del recurso.

En realidad, esta problemática, tiene su origen en el hecho de que, la única fórmula para revisar las actuaciones del juez de instrucción son los recursos procedentes en cada caso, sin que la reforma haya establecido unos recursos más expeditivos o urgentes (al modo de los electorales o similares), que permitan mantener la instrucción en sus límites temporales. Problema que ya se planteaba en el Código Procesal penal, cuando en su criticado artículo 128, se declaraban impugnables los decretos del Ministerio Fiscal, en los que se acordarán o denegaran diligencias de investigación, o de recogida instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba. Impugnación que, sin efecto suspensivo, salvo declaración expresa del Tribunal, permitía la declaración de nulidad del decreto o su anulación por infracción del ordenamiento jurídico. Aunque en este caso, la impugnación ante el Tribunal, tenía un plazo de cinco días para la interposición, tres para el traslado a las restantes partes, y cinco días para la decisión por el Tribunal. E incluso se preveía la posibilidad de que el Tribunal de Garantías inadmitiera de plano la impugnación sin más trámites, en los casos de manifiesta falta de fundamento. Incluso se avanzó más, y en la finalidad clara de evitar dilaciones, establecía el párrafo final de dicho artículo, que no eran impugnables aquellos actos en los que se solicitaba autorización o actuación del Tribunal (medidas lesivas de derechos).

Faltando ahora pronunciamiento o regulación expresa para los nuevos supuestos, deseable aunque no hubiera sido tan expeditiva en los plazos como el CPP, los Tribunales de apelación deberán ir acompasando sus propios plazos a los generales marcados por el art 324 LECrim, o permitir una declaración genérica de complejidad por razón del recurso, que ya en sí misma es una frustración de la propia norma.

4.4. Petición de diligencias por el Ministerio Fiscal o las partes fuera de plazo

Si el Ministerio Fiscal pidió complejidad y el juez no ha resuelto en el plazo legal de instrucción, la propia literalidad del artículo apoya que quede habilitada la posibilidad de pedir diligencias complementarias. Así lo considera la FGE en la Circular 5/2015, por lo que la petición de complejidad, que debiera ajustarse a unos presupuestos estrictos, puede convertirse también, en el instrumento eficaz de actuación posterior.

Cuestión diferente es que el Fiscal o las partes, pidan diligencias complementarias fuera de plazo, sin haber previamente interesado antes su ampliación. Lo lógico es que el Juez de instrucción aplicando el párrafo seis, las deniegue. Pero si se admiten y se plantea recurso por quien se considera afectado por ellas ¿deben sin más ser excluidas?

A pesar de que se viene manteniendo, que, no es óbice para la preclusión, que el Fiscal no haya tenido traslado de las actuaciones, puesto que sus obligaciones y facultades le permiten tener conocimiento del procedimiento, esta afirmación no se compadece con la doctrina general de exigencia de traslados efectivos para poder formular pretensiones. La sustitución del efectivo trámite de notificación o de traslado de las actuaciones ya sea por original o fotocopia, por esperar que aparezcan las partes a instruirse, es en términos jurisprudenciales, extralegal y compromete la efectividad del derecho a la defensa y el cumplimiento de las obligaciones del Fiscal. No era inusual, que al tiempo de la notificación de transformación en procedimiento abreviado o de conclusión, se trasladasen las actuaciones recientes (y no tan recientes) no conocidas de antemano.

Una sanción de esta entidad, exige haber tenido conocimiento previo de lo que se va actuando por el juez de instrucción, de forma que, o bien se establece un cambio de las oficinas judiciales que permitan las notificaciones paulatinas de las diligencias de instrucción, o difícilmente se evitaran juicios orales a los que no debiera haberse llegado (y no puede haber mayor dilación que continuar un procedimiento con un escrito de acusación y un juicio que pudiera haberse evitado). Ello, que entiendo predicable de todo tipo de diligencias, queda más patente en aquellas diligencias complementarias (por lo tanto derivadas de anteriores), que por su propia naturaleza puedan excluir una acusación, si alguna de ellas no puede el Ministerio Fiscal obtenerla por sí mismo.

La interpretación flexible que de la norma se hace respecto a las declaraciones de complejidad de oficio, tiene sentido porque es el juez de instrucción el que cuenta con toda la información del proceso. Esta misma razón, debiera servir en el caso del Ministerio Fiscal que no siempre tiene toda la información en los tiempos exigibles, y que hoy por hoy, tiene grandes problemas para constituirse desde el inicio en el procedimiento.

En apoyo de lo expuesto, podemos citar la doctrina del Tribunal Constitucional, que defiende la necesidad de que los órganos judiciales realicen una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando proporcionalidad *entre la irregularidad cometida y la sanción subsiguiente, procurando siempre que ello sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial*. En esa ponderación no debiera evaluarse por igual, el caso en el que el Fiscal ha ido interviniendo en el procedimiento, a aquel otro en el que no se han efectuado los traslados que las propias normas procesales exigen, amparándose en una obligación legal de proactividad, que puede en ocasiones ser de imposible cumplimiento dadas las características de muchas Fiscalías y el carácter formal y no material de muchas notificaciones telemáticas.

La sanción procesal, cuando sea desproporcionada y lesiva para los intereses que defiende el Ministerio Fiscal en el proceso penal, debiera excluirse en esos casos, con mecanismos de subsanación, y con una interpretación flexible, que, es tanto más necesaria, por cuanto, juzgados y fiscalías, se encuentran al tiempo de entrada en vigor de este artículo, inmersos en un proceso de progresiva comunicación telemática, con múltiples fallos y defectos que las respectivas apli-

caciones informáticas y prácticas procesales diversas no acaban de solucionar. En este momento cobra especial relevancia el cumplimiento de las formas procesales, siendo posible trasladar la doctrina en materia de recursos, por la que se considera que el plazo de que disponen las partes para la interposición del recurso por determinación legal es, ciertamente, un plazo de caducidad no ampliable a voluntad de aquéllas, pero debe atemperarse, en el sentido de que el plazo, tampoco puede quedar acortado por la presentación del escrito sin cumplir todos los requisitos previstos en la norma procesal, o cuando el órgano judicial no ha trasladado adecuada o completamente lo que debe ser notificado.

Si la finalidad de la reforma es excluir las dilaciones indebidas, no hay que olvidar cual es la razón de combatir e intentar evitar las mismas. La propia LECrim, en su Exposición de motivos, hablaba de las vejaciones que para el inculpado supone un proceso dilatado, sobre todo (...) porque no podía dejarse a aquel en una situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento. De ese modo, excluir diligencias por fuera de plazo, que obliguen bien a un archivo provisional susceptible de ser reabierto antes de la prescripción, bien a una acusación y juicio oral que la admisión y práctica de tal diligencia hubiera impedido, no parece compatible con la finalidad de la nueva norma, pero fundamentalmente con los principios y finalidad del proceso penal.²⁶

5. Las declaraciones de ampliación de plazo

Parto de manifestar que el problema inicial es que el acuerdo de ampliación de plazo se reside en quien tiene que actuar. Tanto si partimos de que lo solicite el Ministerio Fiscal, como si lo puede acordar de oficio, no se trata de dejar abierta una vía de recursos contra la resolución para que ello sea el modelo correcto, siendo más lógica la solución propia de la investigación del Fiscal, en la cual la ampliación se solicita al Tribunal.

Aunque no se menciona por el legislador como una de las ideas latentes en la reforma, es posible partir de las premisas de la Comisión para la eficacia de la justicia del Consejo de Europa (que declara la conveniencia de que el juez de instrucción indique a los intervinientes en el proceso su cálculo de duración de los procesos y en su caso diligencias a practicar de futuro), y entender que es exigible una especial motivación, para las ampliaciones de plazo, evitando fórmulas o documentos modelos. Aunque la Circular 5/2005, opta por el carácter abierto y flexible de los propios presupuestos de hecho, y durante un período de tiempo transitorio, y por razones estructurales de pendencia de cierta entidad en el Juzgado, se ha autorizado a las Fiscalías a utilizar un modelo generalizado, ello debiera ser solo predicable para esos primeros momentos.

Este plus de exigencia de motivación por su carácter excepcional, y sorprendentemente una interpretación estricta de la oportunidad para acordar la ampliación de plazo, empieza ya a recogerse en algunas resoluciones de Audiencia Provincial, por razón de recursos interpuestos contra declaraciones de prorroga o similares. Así por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia 457/2016, de 11 de mayo de 2016, deja sin efecto la declaración de complejidad, porque los (...) *menguados razonamientos valdrían para, en cualquier caso y en todo trance, burlar la ley y rebasar los plazos legales. Parece que debe ofrecerse a las partes, y a este Tribunal para el control de legalidad más razones, o alguna, pues ninguna contiene el auto que no sean vaguedades o generalísimos.*

Cierto que la reforma de la ley, estableciendo el plazo máximo de instrucción de seis meses, es poco menos que un dislate del legislador que parece desconocer la realidad de la generalidad de los Juzgados de instrucción y del coste personal de los instructores para llegar a lo imposible. Pero es lo que es y debe intentar ser cumplido, y desde luego no burlado o soslayado, aplicando la declaración de complejidad, y la prórroga que ello conlleva, a supuestos imposibles y alegales.

²⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia. Coordinador J Sánchez Melgar. Ed Sepin. Al analizar el antiguo art 324, menciona la STEDH de 19 de octubre de 2004, en la que frente a la celeridad de la justicia, se habla del derecho a un juicio sin prisas excesivas.

La interesante resolución, que se pronuncia claramente, cuestionando que no lo haya solicitado el Ministerio Fiscal, y sobre todo por la necesidad de una concreta motivación de la resolución con relación al supuesto de hecho, aborda también los criterios que como Audiencia Provincial va a utilizar para interpretar el art 324: (...) *El concepto de gran cantidad de investigados o víctimas, no se admite en este caso de ocho denunciantes identificados desde el mismo momento de la denuncia. No admite tampoco que la realización de pericial o colaboraciones impliquen el examen de abundante documentación o complicado análisis, puesto que no se explican y sobre todo (una de las pautas a tener en cuenta) no se acordaron en su momento, meses antes.* Este último inciso, es en mi opinión una de las pautas a tener en cuenta sobre las facultades del juez de instrucción respecto a las declaraciones de complejidad y ampliación de plazos en general, que se adopten en unos momentos procesales oportunos, más de inicio que sobrevenidos. Ciertamente es que es posible que circunstancias sobrevenidas o el curso de las propias diligencias, su resultado o su imposibilidad de práctica, debe permitir que se adopten estas resoluciones, avanzada la instrucción, pero ello, no como pauta general, sino como excepción debidamente motivada.

En el mismo sentido, más recientemente, el auto 365/2016, de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 23 de septiembre de 2016, revoca el plazo máximo de dieciocho meses fijado por el juez de instrucción, considerando que el mismo solo procede excepcionalmente (ante situaciones imprevistas que necesitan de una respuesta que anteriormente no se ha dado) y por concurrir poderosas razones que lo justifiquen, debiendo darse ambas simultáneamente. La resolución no admite la afirmación del juzgado de que el volumen de asuntos del juzgado hace inviable que las diligencias puedan practicarse en el plazo ordinario de instrucción, puesto que ello es algo habitual en los Juzgados y responde no a causas que tienen que ver con el asunto concreto cuya instrucción se amplía sino con las condiciones estructurales del Juzgado, por lo que ni es en el caso concreto una situación excepcional ni responde a razones intrínsecas de las diligencias previas que se están tramitando, de suerte que aludiendo al volumen de los asuntos no se expresa ninguna razón lo suficientemente justificativa que permita al amparo del artículo 324.4 LECRim, ampliar el plazo de instrucción.

Contrariamente o complementando a esta, puesto que se trata de otro supuesto más específico, la Sección primera de la misma Audiencia, en Auto 90446/2016, de 28 de septiembre de 2016, estima el recurso considera necesario declarar la complejidad en una causa en la que el juez de instrucción denegó la solicitud por considerar que al existir una inhibición planteada ante otro juzgado de instrucción, debía ser este otro el que la acordará. (A los efectos prácticos, el Ministerio Fiscal, al solicitar la complejidad, aunque fuera denegada, ya tenía abierta la posibilidad de interesar complementarias). Los argumentos, al estimar el recurso, inciden en que la norma distingue entre circunstancias sobrevenidas a la investigación por un lado, y circunstancias sobrevenidas que se detallan en el apartado siguiente, y que por tanto, se trata de dos supuestos distintos: las primeras genéricas y las segundas de carácter legalmente tasado. En esa medida, considera que al existir diligencias acordadas, y especialmente una inhibición de resultado y tiempo de tramitación más que incierto (puesto que el plazo ya expiro con anterioridad a la resolución que emite la Audiencia y así lo reconoce el ponente) que puede determinar la superación del plazo legal, debiera el juez competente hasta la resolución de inhibición haber resuelto sobre la complejidad. Solución esta, que siendo de interpretación amplia de la norma, viene a dar solución a uno de los problemas apuntados anteriormente, cual es la inactividad o ralentización de la actuación procesal en los supuestos de discusión sobre la competencia o el reparto.

Con anterioridad a estas resoluciones, fueron publicadas en prensa varias resoluciones de jueces de instrucción, en las cuales se denegaba la complejidad, sobre argumentos similares de estricta literalidad de la norma, pero en las que se añadía, que el legislador era consciente del peligro que el establecimiento de plazos podía suponer para la investigación del delito, no habiendo previsto ampliaciones de medios, por lo que, no le correspondía al juez cubrir la omisión del legislador sino respetar la finalidad de la norma, decidiendo en consecuencia, aplicar un criterio estricto de reducción de los plazos.

Sin perjuicio del trasfondo que puedan tener algunos pronunciamientos, el tema de los medios de la Administración de justicia en el tratamiento doctrinal de las dilaciones indebidas, existe ya con anterioridad,²⁷ y en posiciones jurisprudenciales ha estado generalmente claro que la necesidad de medios, y los problemas derivados, no permitían excluir la apreciación de la atenuante. La diferencia en este momento, es que en alguna de estas resoluciones de jueces de instrucción que niegan la complejidad, se hace expresa mención de que los problemas del juzgado, y la falta de medios que se constata para practicar mayor número de diligencias en plazo, hacen imposible lograr una mayor celeridad, por lo que para evitar la dilación, se niega la complejidad y se reducen los plazos de investigación.

6. A modo de reflexiones sobre los aspectos positivos y negativos de la reforma

Insistiendo en algunos de los apartados expuestos, se pueden introducir en el debate sobre la interpretación de los nuevos plazos de instrucción, los siguientes puntos:

1.- Todo aquello que recuerde, impulse o provoque un adecuado cumplimiento de los plazos debe ser bienvenido, y por tanto, resulta ineludible tener siempre en cuenta tal referencia, siendo positivo que existan plazos donde antes no los había. La modificación legal tiene un importante efecto positivo corrector de situaciones que hasta la fecha tenían muy difícil respuesta. La obligación para el juez de instrucción de posicionarse al transcurso del plazo, contribuirá a evitar situaciones anómalas o trayectorias erráticas, respecto a las cuales, el Ministerio Fiscal, (que en la siguiente fase debía formular escrito de acusación y sabía que diligencias precisaba como suficientes), no se posicionaba, bien por imposibilidad práctica bien por no querer asumir la imagen de limitador de la investigación. Esta imposibilidad o falta de cumplimiento de nuestras obligaciones, ha contribuido a un errónea consideración de la esencia de la fase de instrucción penal, que los propios órganos sentenciadores criticaban, siendo así que en algunas ocasiones el desbordamiento de diligencias y acumulación de información y hechos se acercaba a la prohibición de inquisiciones generales.

La obligación de instar la resolución de conclusión o continuación, establecida ahora expresamente, permitirá un nuevo apoyo legal para actuar en unos momentos concretos, aunque debemos resignarnos a que no evitara las suspicacias que se producían, generalmente en casos con cierta trascendencia, cuando el Fiscal consideraba innecesario un testigo, la ratificación de quien ya había declarado, la ampliación de una pericial, la aportación de una documental..., sabedor de su escasa virtualidad para los hechos sobre los que finalmente se acusaría y se abriría el juicio oral.

2.- La nueva redacción obligará a los tribunales a tratar el cambio de naturaleza de los plazos en la fase de instrucción, debate actualmente zanjado en la doctrina jurisprudencial existente, con la consecuencia de salvo en recursos y materias muy específicas, estamos ante una infracción procesal, que generalmente no provoca indefensión. En el nuevo debate abierto por razón de la reforma, esta misma doctrina, puede influir para que finalmente solo se concluya manteniendo la aplicación de atenuante por dilación indebida, con una pauta temporal de seis meses inicial que antes no se tenía como referencia. De ese modo, prosperaría una interpretación que concluya, a mi modo de ver, con cierta lógica, que los nuevos plazos deben ser respetados, pero entendidos desde la perspectiva de un plazo no tan rígido, sino como pauta que da criterios para en cada caso concreto poder cuestionar el tiempo de una investigación y su justificación.

²⁷ Díaz-Maroto y Villarejo, J. Dilaciones indebidas en el proceso penal y responsabilidad civil del Estado. Estudios del Ministerio Fiscal 1. 1994. (...) En este sentido, García Llovet ya señaló que nada debería impedir al Tribunal Constitucional, en un futuro e hipotético recurso de inconstitucionalidad frente a una ley de aprobación de los Presupuestos generales del Estado, declarar la inconstitucionalidad de las partidas presupuestarias correspondientes, al entender que no garantizan un funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia, siendo causa por ello de la vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 CE. El Tribunal Constitucional, refiriéndose al carácter prestacional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, llamo la atención sobre la necesidad de dotar de medios materiales y personales a los órganos judiciales (STC 223/1988 y 50/1989).

El criterio estricto de que el límite establecido no debe ser traspasado, interpretación que la norma posibilita y parece lógico, ha sido objeto de debate y desarrollo en otros sistemas procesales, que abordan la cuestión de la duración de la investigación del Fiscal. En muchos de ellos se ha advertido que dada la importancia de lo que es objeto de investigación, la razonabilidad del plazo no siempre se puede condicionar al simple transcurso cronológico del tiempo, como si fuera una actividad tasada. Pudiera ser deseable huir de posturas maximalistas y tener un cierto margen de maniobra, en atención a la concreta investigación, a la entidad del hecho y las medidas que se han adoptado, siempre que haya un cierto hilo conductor en lo que se va actuando, para evitar que los plazos no tengan un efecto negativo para la acreditación del hecho o aboquen a decisiones procesales incorrectas.

Si finalmente la realidad sigue demostrando el elevado número de casos en los cuales la actuación de los jueces de instrucción ha excedido los plazos sin mayores consecuencias, tal y como se exponía en anteriores apartados, la consecuencia final de la reforma puede ser que sea el Ministerio Fiscal el auténticamente afectado en su actuación procesal (puesto que en detrimento del ciudadano y del interés público que ha de defender, puede encontrarse limitado para pedir diligencias complementarias por el transcurso del plazo). Haber logrado, mayor información de la duración de un proceso, y dar un nuevo impulso al cumplimiento de plazos en los órganos judiciales, puede ser un logro escaso, frente a la posibilidad de que por la sanción procesal existente no se practique una diligencia que el Fiscal no puede por sí solo practicar, cuando su práctica es lo que realmente tutelaría los intereses particulares y públicos cuestionados por el delito.

3.- Es evidente que a pesar de disminución de cifras de incoaciones de procedimientos (atestados sin autor conocido o incluso descenso de algunas figuras delictivas), se ha producido un aumento de la actividad más burocrática para el Ministerio Fiscal, al haberse establecido en todas las Fiscalías un sistema de comprobación de los plazos (no solo de los propios sino de los juzgados de instrucción) que exige un tiempo nuevo a las revisiones de causas en tramitación. Pudiendo ello ser el medio para obtener un mayor implicación en las mismas²⁸, corremos un cierto riesgo de cambio de perspectiva sobre el propio trabajo. Volviendo a la cita de Vazquez Iruzubieta sobre el antiguo art 324, que finalizaba con la frase “muchas comunicaciones ; poco trabajo judicial”, ha de evitarse que la modificación del artículo, nos conduzca de aquellas comunicaciones del juzgado, a las comunicaciones de Fiscalía. Las comprobaciones de listados de causas y de las causas mismas, pueden no ser tan agotadoras como la primera realizada, pero siendo constantes, puede diluir nuestro esfuerzo en actividades de comprobación de requisitos formales, olvidando cometidos más importantes, no solo de auténtica participación en diligencias o investigaciones, sino de mejora continua en la consolidación de criterios sobre nuevas formas de criminalidad, sobre mecanismos de investigación o sobre los cambios que se van produciendo en los tipos penales.

4.- Siendo necesaria esa labor, tampoco podemos perder la referencia de que el art 324 no soluciona muchas de las más importantes causas de dilación de los procedimientos. Es relativamente frecuente que se produzcan suspensiones de diligencias acordadas, cuyo traslado en la agenda del juzgado se desplaza varios meses. Al haber sido acordadas en plazo, nada impide su retraso a tiempos que debieran ser inaceptables. O la emisión de periciales oficiales en plazos no razonables (justificados por la Administración requerida, aludiendo al sobreesfuerzo para dicha colaboración), o los plazos de tramitación o resolución de los recursos (duración aproximada desde la interposición a la comunicación de la resolución y vuelta a actuación del juzgado de instrucción, de un mínimo de tres meses en la mejor de las perspectivas),, que no evitaren la dilación.

²⁸ En la interpretación general de este artículo es importante el contexto de la norma donde se establecen constantes y nuevas atribuciones-obligaciones para el Fiscal. La regulación del procedimiento de decomiso autónomo, el procedimiento por aceptación de Decreto y la misma redacción del artículo 324 LECrim, demuestran el interés e intención del legislador en que el Ministerio Fiscal asuma nuevas competencias en fase de investigación penal. Siendo un conjunto de cambios que lleva a reflexionar sobre la demanda de una mayor implicación en los procedimientos penales, y la necesidad de adoptar posturas activas, incluso adoptando la mejor de las disposiciones, no es posible olvidar que seguimos trabajando en una investigación que no dirigimos.

Resulta paradójico que si se trata de evitar dilaciones no se aborden con carácter urgente soluciones propuestas desde muy diferentes ámbitos, como que, salvo excepciones muy tasadas, haya una concentración temporal del inmenso número de recursos posibles, o no se adopten medidas reales que incidan en los tiempos de tramitación (estableciendo remisiones simultáneas y no sucesivas) de los recursos de todo tipo, pero fundamentalmente los relativos a cuestiones de competencia o incidentales, o no se obligue a resolver las cuestiones de reparto en plazos expeditivos de 48 horas..... La finalidad del legislador de intentar reducir los tiempos de la fase de instrucción, es compartida por todos, pero el escollo fundamental para lograr que esos plazos sirvan a la finalidad que se pretende, es, por un lado, la rigidez con la que parecen haberse planteado, forzará a huir de ellos, y, sobre todo, que la instrucción mantiene una serie de trámites innecesarios y unas posibilidades de dilación como las mencionadas, respecto a las cuales el art 324 resulta inoperante.

En esa medida, puesto que estos y muchas otros factores de dilación, mantendrán las instrucciones penales con un tiempo real bastante mayor que el previsto legalmente, el control de los plazos por parte del Ministerio Fiscal, no debiera sobredimensionarse, puesto que ello es intensificar el esfuerzo en lo que ni es el fundamental fin del proceso penal ni logra por si solo hacer más rápido el proceso, siendo igual de eficaz evitar recursos, suspensiones o archivos provisionales que llevan a iguales o mayores dilaciones.

Los pasados meses han demostrado claramente que la puesta en marcha de ese control de plazos, ha resultado más sencillo en las Fiscalías de Comunidades Autónomas donde se comparte la aplicación informática entre juzgado y fiscalía. El subcomité de impacto normativo del Comité Técnico Estatal de la Administración judicial Electrónica (CTEAJE), indicaba al analizar las posibilidades de desarrollo de comunicaciones y expediente electrónico, que el problema se encuentra en que nos encontramos aun(.)... *en un escenario incompleto*. Es importante que en este momento, según dicho Subcomité, son candidatos a ser calificados como entorno cerrado en el ámbito penal, los sistemas informáticos Atlante (Canarias), Justizia Bat (País Vasco) Avantius (Navarra) y Vereda (Cantabria). Se trata de las cuatro Comunidades Autónomas en las que la Fiscalía se encuentra dentro de la aplicación.

El cumplimiento por parte de cada Fiscalía y Fiscal, de las obligaciones de control de plazos derivadas del artículo 324 LECrim, se verá afectado por un lado por la existencia de esa aplicación informática común, y por otro por la propia actuación del Juzgado.

4.1.- En las Fiscalías de las cuatro Comunidades Autónomas mencionadas, la aplicación informática tiene fórmulas que, mejor o peor, y siendo como son un plus respecto al trabajo habitual (que deriva del cumplimiento de la norma), no será tan costoso el realizar dicho control, siendo así que finalmente repercutirán en una mejor actuación e incluso secuencias de trabajo más lógicas que no dependen del momento o secuencia del Juzgado.

Así por ejemplo, la aplicación de la CAPV, Justizia Bat, cuenta con una herramienta, cuyo objetivo es avisar de aquellas diligencias previas o sumarios no finalizados que, estando en fase de instrucción, se hallasen próximos al vencimiento del plazo. La petición trasladada en su día por las Fiscalías fue atendida por la Consejería de Justicia, de quien depende el Servicio de Informática judicial, creándose un sistema de alertas periódicas al vencimiento del plazo, al que se unieron, a petición de la Fiscalía, los Letrados de la Administración de justicia. Este sistema exige que por parte de la oficina fiscal y judicial, se realicen los trámites adecuados que permitan saltar la alerta, de forma que en el momento de su correcto uso, cuando las oficinas tengan todas las pautas claras e introduzcan correctamente todos los datos necesarios, ha de ser el instrumento adecuado para evitar transcurros de plazo sin actuación.²⁹

²⁹ Los grupos de trabajo de funcionarios o los sindicatos, insisten en que el cambio legislativo supone una carga añadida inexistente anteriormente. Con el nuevo programa informático, de hecho, se insiste en que la necesidad de "alimentar" constantemente de datos de toda índole, supone unas nuevas y exigentes tareas a una plantilla que no ha visto disminuidos sus anteriores cometidos. Independientemente de reclamaciones relativas a plantillas de la oficina fiscal infradimensionadas, disfunciones o aspectos susceptibles de mejora, la evaluación exacta de la situación exige un cierto recorrido temporal que permita determinar

Por ahora, su puesta en marcha sigue atravesando múltiples incidencias: no uso de documentos normalizados por el fiscal o la oficina fiscal cuando se solicita la declaración de complejidad (requisito previo para que se genere automáticamente), no inclusión de datos necesarios por parte de la oficina judicial, no realidad de muchos de los listados de un juzgado con las causas efectivamente prorrogadas sin que sea fácil detectar la causa. No se trata solo de tener la herramienta sino que la misma sea utilizada correctamente y coordinadamente, por todos. Mientras se logra, y aunque se acuda a otro tipo de controles, lo cierto es que trabajar en la misma aplicación que los juzgados resulta un mínimo que parece esencial a la finalidad de la norma. Siendo como es complicado en estos territorios, la situación puede ser caótica y desbordada en aquellos otros en los cuales no se comparte aplicación, siendo evidente, que el legislador actual, en esta y otras regulaciones como la de las notificaciones telemáticas, papel cero, ha decidido actuar hacia el futuro, partiendo de una pronta implantación de los presupuestos necesarios pero no existentes, con las consiguientes distorsiones en la aplicación de la norma derivadas de obviar la realidad en la que trabajamos.

Con la aplicación mencionada, los funcionarios de la oficina fiscal, emiten, en este momento ya de forma mensual, un listado que se entrega a cada Fiscal (aunque el mismo puede también obtenerlo), donde se recoge el número de procedimientos incoados mensualmente en el Juzgado cuyo despacho corresponde a ese Fiscal. Con dicho listado el Fiscal en los tiempos que se adecuen a su trabajo diario, consulta las resoluciones emitidas en los mismos³⁰, para realizar un primer examen de si la causa reviste caracteres de tramitación sencilla, en la cual pedir las diligencias en plazo, o por sus características permiten avanzar la necesidad de petición de complejidad o plazo máximo. La no suficiencia, en la mayor parte de los casos, de los datos existentes en el sistema informático conlleva la petición de oficina fiscal a oficina judicial de remisión de la causa para su examen, en tiempos que no distorsionen la marcha de ninguna de las oficinas, y sobre todo de forma periódica y no en grandes lotes de procedimientos. La ventaja de tomar la iniciativa como oficina fiscal, permite adecuar los tiempos de revisión periódica a las propias necesidades de cada Fiscalía y Fiscal, y asegura la revisión total de lo que se va incoando (siempre que el juzgado cumpla su obligación de registrar informáticamente, puesto que de no dictarse el auto de incoación no aparece la denuncia o escrito inicial en la aplicación informática). En esta práctica no se tiene en cuenta por ahora, más que los plazos iniciales de incoación y los de término (sencillo, prorroga ...), sin que hayamos avanzado aún a tener en cuenta todas las causas de suspensión de los plazos que de futuro se irán produciendo.

4.2. Independientemente de ello, ha de tenerse en cuenta que muchas oficinas judiciales, por iniciativa bien del Juez bien del LAJ, trasladan ya periódicamente las causas a los efectos del art 324 LECrim. Este traslado se produce en diferentes formatos, bien acuerdos, bien iniciativas particulares de cada oficina, Juez o LAJ, no todos adecuados. Así por ejemplo, en algunas ocasiones al aproximarse el plazo, se dicta una providencia con la fórmula genérica de traslado al fiscal por si interesa la complejidad, que generalmente suele usarse por el Fiscal para hacer un compendio de las diligencias que considera necesarias para completar la instrucción, de forma que no opere la sanción procesal de preclusión por no petición. En otros, se traslada por fax por parte de la oficina judicial, la dación de cuenta del cumplimiento de los plazos que el LAJ hace al Juez, lo que, en la mayor parte de los casos, obliga a pedir la causa, por no aparecer los datos que permiten comprobar lo actuado en el procedimiento. Esta diversidad de prácticas, y el hecho de que no se adopte una postura unificadora por quien debe dirigir las oficinas judiciales, genera a su vez una auténtica distorsión en cualquier oficina fiscal, que para establecer sus propias pautas de trabajo, no puede contar con una práctica unitaria de las oficinas judiciales.

la realidad de las oficinas, en este momento también descargadas de registro y tramitación documental derivada de la no remisión de los atestados sin autor conocido.

³⁰ En justicia bat solo consta lo emitido por Jueces, LAJ y Fiscales, así como grabaciones de declaraciones y vistas. En algunos casos empiezan ya a anexarse debidamente escaneadas, documental recibida. No consta ni atestados (se ha iniciado ya el intento de envío de los mismos, sin resultado aún a estas fechas), ni denuncias, ni escritos que presentan las partes, recursos, etc..., por lo cual se ve bastante reducido el control real de la suficiencia del plazo para práctica de diligencias, sino se efectúa el traslado efectivo del expediente papel.

7. Respecto al cómputo de los plazos

El artículo fija el inicio del cómputo desde la fecha del auto de incoación de Diligencias Previas o Sumario. En las revisiones efectuadas hasta la fecha, se ha constatado la existencia de denuncias cuya incoación como Diligencias Previas se ha diferido varios meses. Esta práctica anómala, se mantiene aunque con plazos más breves. Desde la entrada de un escrito (con su sello de entrada) y obligatoria constatación en el libro, hoy en día informático, hasta la incoación, hay plazos que con la literalidad del artículo no se pueden tener en cuenta, pero cuya admisión pueden generar una fórmula de evasión de las obligaciones derivadas del artículo 324 LECrim. Según art. 458.4 LOPJ, el secretario judicial tiene la responsabilidad de la llevanza de los libros de registro a través de las aplicaciones informáticas correspondiente, y, en su defecto, manualmente. Registrada la entrada, la decisión de incoar corresponde al Juez de instrucción, por lo que los períodos en los cuales esta pendiente la incoación, quedan en un ámbito sobre el que el Ministerio Fiscal, salvo que sea su denuncia, no tiene conocimiento, siendo pues una materia en la que solo pueden actuar los correspondientes servicios de inspección, sobre todo, por las importantes repercusiones que en este momento puede tener tal práctica.

Dicho esto respecto al inicio, el problema más importante lo encontramos en los períodos de suspensión. Durante el tiempo en que no sea pacífico y aceptado de forma unitaria que momentos de suspensión del plazo hay, e incluso después, sería conveniente que por parte del juez de instrucción se emita resolución expresa de suspensión, que evite interpretaciones erróneas. Dada la materia en la que nos encontramos y puesto que el juez puede verse afectado por los plazos y que las partes pueden ser sancionadas procesalmente por un efecto impeditivo de solicitud, el mayor o menor número de suspensiones, que afectan al cómputo del plazo debe ser adecuada y motivadamente declarado por el juez de instrucción, de oficio o a solicitud.

Nos referimos no solo a las establecidas legalmente (cuestión prejudicial, traducciones, la excepcional de la recusación, según art 62 LECr....), sino las no previstas expresamente, por ejemplo, cuando se acuerda un inicial plazo de dos meses para los procesos de mediación, que en ocasiones tienen incluso su prórroga por otro mes. Esta fórmula parece técnicamente más correcta que la de los archivos provisionales a la espera de resultados de diligencias, que empieza a ser práctica de algunos juzgados. Aunque se trata de una simple cuestión de términos, al optar por resoluciones expresas de suspensión, cuando la situación lo exija, se evita un mensaje de archivo provisional que puede ser malinterpretado.

La exigencia de que conste expresamente y con la mayor claridad posible, permite, no solo dispensar esa adecuada información que señalaba el Consejo de Europa, sino que, deja la paralización de actuación en el ámbito procesal que le corresponde, esto es, de revisión por el Tribunal que aprecie o no su motivación y razón de ser, y no tanto de los servicios de inspección que examinan retrasos injustificados.

6.- Quizá una de los aspectos más negativos de la norma, es el momento temporal escogido para su entrada en vigor, su oportunidad. La exigencia de mayor implicación del Ministerio fiscal en los procesos penales, se aborda en el momento en que se cambian prácticas y se desarrolla el uso de medios telemáticos en el proceso, al tiempo que no se acaba de dar respuesta a una serie de problemas derivados, que van en aumento.

El visionado de las grabaciones de declaraciones de investigados, testigos y peritos, ocupan un enorme tiempo en un momento procesal que no debiera exigir tanto. El Ministerio Fiscal, las partes personadas, y el propio Juez de instrucción que llega a un juzgado y se encuentra múltiples procedimientos tramitados por el anterior titular o por el que sustituyen, deben afrontar horas de escucha del contenido de declaraciones anteriores (y en su momento repetir tal escucha, al hilo de una nueva cuestión que se someta a consideración). Para determinadas finalidades del proceso, y ahora, en concreto para el art. 324, bastaría un somero examen de la

declaración escrita, para ir a los puntos principales del contenido de la declaración que justifican bien la necesidad de nuevas diligencias, bien la ampliación de los plazos.³¹

La grabación de declaraciones de investigados, testigos y peritos, permite confiar en el soporte informático, sin que el LAJ esté presente, lo mismo que sucede en las vistas de juicios orales, pero ello no puede convertirse en un factor distorsionante que obligue a emplear unos tiempos que un simple programa de transcripción o un trabajo de transcripción de la oficina, debiera evitar. No se trata de elegir entre una u otra opción, sino de complementar, de forma que coexistiendo ambas, se use en cada momento la que sea adecuada, resultando indiscutible, que, en esta materia del control de plazos, abordar grabaciones de horas, dificulta el trabajo a realizar.

En la misma línea, nos encontramos con un proceso de adaptación de las oficinas a las remisiones telemáticas, que en cada Comunidad Autónoma choca con problemas diferentes y respecto a los cuales, se adoptan soluciones que no siempre tienen la coherencia que nuestra función exige. La aceptación como notificación telemática de resoluciones en las que falta el sustrato al que se refieren, debiera ser inadmisibile. Sin perjuicio de la fé pública de quien remite una resolución, el Ministerio Fiscal, tiene entre sus funciones, comprobación de legalidad y respeto de garantías, que no pueden ejercerse con estas remisiones telemáticas meramente formales o de resoluciones, en las cuales se pide un ejercicio de confianza, sin examinar si las mismas responden a las exigencias y garantías legales. A título de ejemplo, no basta recibir la resolución de que se ha efectuado una citación, sin el sustrato de la citación escaneado, por cuanto en muchos casos la misma no ha sido correctamente realizada, a pesar de que el Decreto o providencia así lo indica. De ese sustrato puede depender que el Fiscal interese o no una nueva citación o diligencia, de forma, que al constatarse con posterioridad, el transcurso de plazos puede hacerla inadmisibile. Pretender una mayor implicación del Fiscal en la instrucción, y al tiempo excluir su control de la legalidad y ajuste a las garantías de las actuaciones procesales, al avanzar a que las remisiones telemáticas sean formales por la mera remisión de la resolución (por falta de expediente digital o escaneado, que debiera ser presupuesto de esas remisiones telemáticas), resulta, cuando menos, paradójico.

7.- La reforma no cumplirá su finalidad, con la premisa de que la misma solo afecta a Jueces y Fiscales. Es cierto que los LAJ, afrontan (en parte por el influjo de las nuevas tecnologías en el proceso) un redimensionamiento de sus funciones, necesario, en la medida que el proceso penal en su fase de investigación puede prescindir de la fé pública en algunos casos en los cuales antes era imprescindible. Su función, en la línea del artículo 456 LOPJ (*El LAJ impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales*), habrá de adaptarse al nuevo proceso penal con obligaciones concretas. En tanto la norma procesal penal se va adaptando, su relación con el Juez de instrucción que dirige la investigación, y los demás intervinientes del proceso, debe experimentar ciertos cambios, asumiendo responsabilidades de impulso, como implicado que es en el buen funcionamiento de la Administración de justicia. La obligación con los personados o constituidos, en la línea con todas las recomendaciones y buenas prácticas europeas, es realizar respecto de los mismos un flujo continuo de lo existente en el proceso, precisamente para que se pueda garantizar el correcto ejercicio de sus respectivos

³¹ No se trata de excluir la grabación, sino de complementarla con lo escrito de forma que se facilite el trabajo que en una fase inicial debe realizarse, evitando innecesarias pérdidas de tiempo que deben dedicarse precisamente a impulsar los procesos. Estas grabaciones, o mejor dicho su falta de complemento escrito, exige ese mismo esfuerzo de las Audiencias que deben resolver recursos, e incluso plantea ciertos problemas cuando ha de decidirse sobre la admisión de la prueba, puesto que el juez sentenciador, estará observando no una declaración escrita en su contenido, sino lo que es propio de valoración para sentencia, cual es, las actitudes, gestos, en general el modo de decir del deponente, que tiene en términos jurisprudenciales una singular importancia a la hora formar el juicio de valoración propio de la prueba que se debe practicar solo en el juicio oral contradictorio. Esta falta de regulación o soluciones para complementar el acta grabada, llama más la atención cuando al juzgado llegan en ocasiones la transcripción escrita de sesiones parlamentarias también grabadas en su momento, o se ha demostrado que en la fase de instrucción es sumamente útil la transcripción que de las grabaciones realiza la policía. La opción de que la defensa con sus medios, la Fiscalía con su oficina, realice dicho complemento, deja al juez de instrucción que asume un juzgado de otro titular, o a las Salas de apelación sin una ayuda que en estos momentos resulta especialmente necesaria, por lo que, cuando menos en la CAPV, las tres Salas penales de la Audiencia Provincial, remitieron el Acuerdo de Pleno por el que ordenaban a la oficina judicial la transcripción de las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción.

derechos, incluidos los relativos a obtener y participar en la consecución de unos plazos razonables del proceso penal.

Para que la norma produzca los efectos deseados de reducir o impedir dilaciones indebidas, es necesario el seguimiento de las causas por los Letrados de la Administración de Justicia, puesto que son responsables de su formación. Sin perjuicio del obligado impulso del Fiscal, el impulso inicial del proceso que recae en primer lugar en el Juez de instrucción, precisa que el LAJ deje constancia del transcurso de los plazos en la correspondiente dación de cuenta. Esta actuación como todas las del LAJ no es extramuros de las partes, sino que debe ser notificada en tiempo y forma a aquellas como acto procesal que es (artículos 455 LOPJ, *“Será responsabilidad del LAJ organizar la dación de cuenta, que se realizará en los términos establecidos en las leyes procesales”*). Los términos de la ley procesal penal, precisamente para asegurar el cumplimiento de los plazos, son claros: el Secretario tendrá la obligación de poner, inmediatamente, sin la menor demora, y bajo su responsabilidad, en conocimiento del órgano jurisdiccional el vencimiento de los términos judiciales, consignándolo así por medio de diligencia (arts. 214 LECr). Cualquier interpretación que se realice en el sentido de que la diligencia de dación de cuenta de los plazos al juez, no es comunicable a los restantes intervinientes en el proceso hasta que se dé traslado final de todas las actuaciones, como han querido interpretar en algunas oficinas judiciales, supone una concepción del proceso, de los traslados y comunicación de las actuaciones, que conculca la obligada integridad de la comunicación y paulatina información que el mismo exige. Obligación del LAJ que no excluye otras responsabilidades, sean del juez o del fiscal, pero que en este momento cobra una especial importancia, no solo en la materia que habitualmente han vigilado con especial atención, cual es la de los recursos, sino en la duración del plazo fijado primero por la norma y por el juez de instrucción. Ello debiera ser así entendido, en la medida que se trata de una resolución judicial en cuyo cumplimiento tienen también responsabilidad, según el principio general del art 452.2 LOPJ, de cumplir y velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los jueces o tribunales en el ámbito de su competencia.

8.- De futuro, es posible adelantar que se van a generar nuevas prácticas, que, como aspecto positivo, excluirán pendencia en el órgano judicial. Así por ejemplo, ya es habitual, que en aquellos casos en los cuales la víctima o un tercero denuncia sin autor suficientemente concretado, la encomienda a la policía judicial de la investigación se realice, no ya bajo la dirección del juzgado, sino con el archivo provisional correspondiente. Deberemos plantearnos si este archivo por el juez de un caso, para evitar el transcurso de los plazos, supone rehabilitar la dirección del atestado por el Ministerio Fiscal, como en general con todos los que no están judicializados, o bien, estamos ante una remisión similar a las que se efectuaban a la fecha de investigación bajo la dirección del juez, sin perjuicio de las facultades del Ministerio Fiscal. Ello por cuanto, la competencia del juez de instrucción sobre la policía se refiere al procedimiento abierto sobre el cual tiene competencia, sin las facultades de instrucciones generales y particulares del Ministerio Fiscal fuera de los procedimientos.

Pero el cambio fundamental puede ser una especie de reparto de diligencias a practicar entre el juzgado de instrucción y el juzgado enjuiciador. Si se opta por la fórmula de dejar la fase de instrucción para lo imprescindible para formular acusación, y lo que corrobore o apoye la misma, que no sea esencial se deriva al órgano enjuiciador, se incrementarían para este peticiones de diligencias, que hasta la fecha correspondían al juzgado instructor, tales como, averiguación de domicilio de testigos mencionados por otros para su citación a juicio, requerimientos de documental, etc.... Conviene tener en cuenta, que en anteriores ocasiones, y aún hoy esporádicamente se repite la polémica, en la que algunos juzgados enjuiciadores se negaban a determinadas peticiones de diligencias en escritos de acusación o defensa, por considerarlas de instrucción, trasladándolas al juzgado de instrucción, rechazando este tal traslado por haber concluido su fase de actuación.

En esas nuevas prácticas, lo que queda por determinar es si puede el Ministerio Fiscal, en un momento de cambios tan importantes como los mencionados, asumir además, la apertura o

reapertura de sus propias investigaciones, para presentar en el juicio oral lo que no ha podido ser acordado o practicado por el juez de instrucción en los plazos establecidos. Es relativamente frecuente que cuando el procedimiento ha concluido o al inicio del juicio oral (momento procesal más correcto, pero que puede dar lugar a suspensión para evitar indefensión si las partes no disponen del tiempo necesario para su examen) se puedan aportar elementos que generalmente son admitidos. El cuestionamiento de esta aportación como lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y a la contradicción, suele ser rechazada por el enjuiciador, al considerar que su entrada en el procedimiento no tiene tacha alguna de invalidez, sobre la base de que los mismos fueron puestos en conocimiento de las partes antes del comienzo de las sesiones del juicio oral, y durante éstas fueron ratificados por los funcionarios suscribientes, sometiéndose a contradicción. Así por ej STS 52/2009, que se trae a colación, por la entidad de lo aportado, consistente en dos informes, uno con doce anexos y otro con 58, emitidos por el Servicio de Vigilancia Aduanera, en los cuales, se aportaban, no solo actuaciones de naturaleza económica con trascendencia para la imputación, sino valoración de la droga, y datos obtenidos en comisión rogatorias de otros procedimientos. En general, la posibilidad de ampliar el material probatorio del que cada parte puede valerse, es una posibilidad procesal, que se admite hasta ahora, con ciertas cautelas, sin llegar al límite de que solo las propuestas en escritos de acusación o defensa sean admisibles, por cuanto la ley permite su petición al inicio del juicio oral, pero sin llegar a situaciones de hecho en las cuales las posibilidades de reacción de los afectados se vea reducido por haberse diferido a ese momento. Ciertamente es que la LECrim admite incluso por la vía del art. 729 LECrim que el propio Tribunal asuma tal cuestión excepcionalmente, y que la regulación del procedimiento abreviado ya parecía ir en tal sentido, pero, no hay que descartar el influjo que sobre este tema va a tener el art 324, sobre todo si se asumen criterios de perentoriedad estricta de los plazos.

Siendo como es posible, esa aportación por el Ministerio Fiscal de su investigación complementaria, al inicio del juicio oral, ello puede contribuir a un progresivo avance de denegaciones de práctica de diligencias en el juzgado, sobre la base de poder ser subsanada su falta por la investigación propia del Fiscal antes de juicio. De este modo, queriendo o no, el legislador o la práctica, irían empujando al Ministerio Fiscal a una asunción de la investigación en cierto modo complementaria, pero relevante, de la que realiza el juez de instrucción. Ante esta posibilidad, debiéramos ser especialmente vigilantes para evitar que con la finalidad de evitar dilaciones, compliquemos la siempre delicada proposición de prueba nueva, comenzando a aparecer pruebas sorpresa que lleven al Tribunal que debe decidir sobre su admisión con criterios técnicos y en atención a los intereses en conflicto, a rechazar lo que, de haberse practicado previamente, hubiera sido admitido.

Por último, aunque el esfuerzo de todos, aplicando esta norma entre otras, se dirija a intentar evitar las dilaciones, la misma es un remedio escaso para reducir los males de un proceso que insiste en mantener desde el primer momento, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez de instrucción, con obligación de impulso para ambos, cuando lo lógico sería dejar la investigación en el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al Juez o Tribunal cuando pudiera proceder o cuando ha de examinarse la suficiencia de la investigación. Los resabios que puedan quedar, respecto a que asuma la investigación el Ministerio Fiscal, debieran haber caído hace ya mucho tiempo, con la realidad que se demuestra cada día, de emitir sentencias sin fase de instrucción propiamente dicha. En los juicios rápidos se admite la investigación de la policía como suficiente para fundamentar la condena. Su característica esencial, esto es la falta de instrucción previa, solo ha deparado resultados positivos, y son el porcentaje que en promedio ayuda a compensar las enormes dilaciones de la instrucción. El dato de que en los juicios rápidos, la instancia judicial propia ha sido la de enjuiciar, debiera hacer reflexionar sobre que nuestra realidad ya ha permitido y avanzado hacia una investigación del delito sin el juez de instrucción en el sentido que hasta ahora hemos conocido. Es necesario seguir avanzando a un modelo donde el juez asuma la suficiencia de la acusación y el posterior enjuiciamiento, y sobre todo una auténtica función de garantías en la investigación de otro y no en la propia.

Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre

Autor: Rafael Escobar Jiménez
Fiscal del Tribunal Supremo

Resumen

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha introducido relevantes disposiciones en el ámbito de los recursos de apelación y casación contra determinados autos y sentencias definitivas. El presente trabajo presenta un esbozo del contenido de dicha reforma con indicaciones de la traducción que, en opinión de su autor, puede tener en la práctica.

1. Recurso de apelación

1.1. Recurso de apelación y doble instancia

Se viene afirmando que ya es una realidad la llamada generalización¹ de la doble instancia en nuestro Ordenamiento procesal penal. Tras la introducción de la necesaria previsión orgánica por LO 19/2003 en los arts. 64 bis y 73.3.c) LOPJ², cuya Disposición Final Segunda quedó incumplida, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, autoriza ahora, junto al ya existente recurso de apelación contra sentencias de los Juzgados de instrucción, Juzgados de lo Penal y Juzgado Central de lo Penal, la apelación contra las sentencias dictadas, en primera instancia, por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sin embargo, en rigor, la generalización no es completa pues, como después se expondrá, no se ha previsto el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, sea en procedimiento ordinario o abreviado y, tampoco, para idéntico supuesto, frente a las sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo.

No es posible detenerse ahora en la evolución de la doble instancia ni en los dictámenes y resoluciones de los distintos tribunales (sobre todo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional) que, de una forma u otra, han contribuido, y casi provocado, la reciente modificación legislativa, aspectos ya plasmados con detalle por muchos tratadistas³. No obstante, sí considero necesario incluir algunas consideraciones.

Siempre se ha asociado principio de doble instancia y recurso de apelación contra sentencias definitivas. Sin embargo, es un hecho cierto que el concepto tradicional de doble instancia⁴ ya

¹ Es la expresión que emplea el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

² Se creó la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional que, según el art. 64 bis.1 LOPJ, “conocerá de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal”. Y, conforme el art. 73.3.c) LOPJ, 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, así como el de todos aquellos previstos por las leyes”.

³ Por todos, CALDERÓN CUADRADO, M^a PÍA. *El sistema de impugnación frente a sentencias penales. Algunas notas tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 41/2015, de 5 de octubre)*, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia correspondiente al mes de febrero de 2016.

⁴ Prescindiendo de correctas nociones doctrinales, la STC n^o 167/2002, de 18 de septiembre, lo recogía a la perfección: <<El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo

no se mantiene en su integridad. La doctrina sostenida desde años por el TEDH y TC y las modificaciones recientemente introducidas en la Ley procesal determinan que pueda hablarse de una apelación restringida tanto en lo que se refiere a las facultades decisorias del Tribunal *ad quem*, que en ciertos supuestos ya no aparece, al resolver el recurso, en idéntica situación a la del Órgano *a quo*, como a las posibilidades de actuación de una de las partes, la acusadora, que tiene vedado hacer uso del total elenco de motivos propios de un recurso de esta índole e, incluso, en ciertas hipótesis, únicamente puede reclamar la nulidad de la sentencia de instancia. Con estas restricciones no cabe afirmar que para dicha parte rija la doble instancia. Es más, conceptualmente, la limitación de los motivos a esgrimir torna, para la misma, el recurso ordinario en extraordinario.

Por otro lado, continúa siendo muy discutible el asumido y generalizado criterio de las audiencias provinciales conforme al cual el Tribunal *ad quem*, al resolver el recurso, puede acometer una valoración de la prueba que no ha presenciado e imponer la suya con base, exclusivamente, en una discrepancia de criterios valorativos. Son, por tanto, los supuestos en los que, sin haberse practicado prueba alguna en sede de recurso, la Sala *ad quem* sustituye una racional y lógica valoración de la prueba por otra igualmente racional y lógica. En otras palabras, el conocido motivo de “error en la valoración de la prueba” queda sobredimensionado y fusionado con el de “una valoración diferente” que no, necesariamente, supone, implica o conlleva, que fuera errónea la efectuada por el Órgano *a quo*. En estas hipótesis, en la línea apuntada por el Tribunal Constitucional, que supedita la valoración de la prueba por un Tribunal a la necesidad de que efectivamente la misma haya sido practicada a su presencia⁵, la actuación del Tribunal del recurso debiera limitarse a una función de control, estos es, a comprobar que la sentencia recurrida recoge la existencia de suficiente prueba de cargo y que ésta ha sido válidamente practicada y racionalmente valorada⁶. El expuesto entendimiento supondría un avance para que cohonesten mejor los términos “doble instancia” e “inmediación” que, para algún autor, son irreconciliables⁷.

1.2. Novedades en el recurso de apelación

En términos generales, la Ley 41/2015 ha introducido modificaciones que afectan a las sentencias y autos susceptibles de recurso de apelación, a los diferentes motivos a invocar según los casos, al Órgano jurisdiccional llamado a resolver el recurso de apelación interpuesto contra ciertas sentencias y autos y a la decisión a adoptar en determinados supuestos.

que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre)>>.

⁵ Recoge, por ejemplo, la STC nº 120/2009, de 18 de mayo: <<... En definitiva, como señalamos en la STC 123/2005, de 12 de mayo (FJ 7), “la garantía de inmediación, y también las de publicidad y contradicción, son (...) garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena [o de la absolución] cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo [o absolutorio], la declaración de culpabilidad [o de inocencia] y la imposición de la pena [o su no imposición]”>>.

⁶ La STS nº 435/2013, de 28-5, apunta estas comprobaciones: <<1ª) Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente). 2ª) Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita). 3ª) Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente). 4ª) Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba razonada)>>. Por su parte, señala la STS nº 968/2012, de 30-11, que <<La más reciente STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas. Se vulnerará la presunción de inocencia cuando se haya condenado: a) sin pruebas de cargo; b) con la base de pruebas ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de pruebas practicadas sin las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o, f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente>>.

⁷ DEL MORAL GARCÍA, A. Véase, entre otras publicaciones del autor, *La reforma procesal penal: retos y objetivos*, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia correspondiente al mes de febrero de 2016 y *La revisión de la valoración de la prueba en vía de recurso: recursos de apelación y casación*, publicado en el Centro de Estudios de la Administración de Justicia, año 2003. En este último decía: “En el campo de la revisión de la valoración de la prueba... hay un germen de contradicción que se me antoja casi irresoluble: compatibilizar las exigencias del principio de inmediación con el denominado derecho a la doble instancia. Es casi la cuadratura del círculo. Inmediación y doble instancia son dos principios condenados a no entenderse”.

1.2.1. Resoluciones recurribles⁸ y Tribunal del recurso

1.2.1.1. Sentencias

Junto al ya previsto recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal y Juez Central de lo Penal en procedimiento abreviado (art. 790.1 LECrim.), sentencias del Juez de lo Penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803.1 LECrim.), y sentencias de los Jueces de instrucción en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves (art. 976.1 LECrim.), el renovado art. 846 ter.1 LECrim. incluye, como recurribles en apelación, las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sea en procedimiento ordinario o abreviado.

En consecuencia, dependiendo del Órgano que dicte la sentencia, el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la misma será: a) la Audiencia Provincial, cuando se trate de sentencias provenientes de los Jueces de instrucción y de lo Penal (arts. 790.1, 803.1 y 976.1 y 2, LECrim.); b) la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respecto de las sentencias del Juez Central de lo Penal (art. 790.1 LECrim.); y, por último, c) la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, si son sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respectivamente (art. 846 ter LECrim.).

1.2.1.2. Autos

Conforme al citado art. 846 ter, apartados 1 y 3, a los efectos de este recurso de apelación se equiparan los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y, ello es así, en cuanto se ordena que el recurso de apelación contra aquéllos se rija por los arts. 790, 791 y 792 LECrim., propios del recurso de apelación contra sentencias. Sin embargo, el art. 846 ter.1 únicamente se refiere a esta clase de autos cuando son dictados, en primera instancia, por las Audiencias Provinciales o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sea en procedimiento ordinario o abreviado⁹, lo cual, como se expondrá al tratar del recurso de casación contra autos, pone de manifiesto un defecto técnico en la regulación que contiene el art. 848 LECrim. El órgano competente para resolver el reseñado recurso de apelación contra tales autos será la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o, en su caso, la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 846 ter.1 LECrim.).

Ahora bien, el contenido de esta disposición no quiere decir que se excluya el recurso de apelación contra los autos definitivos de sobreseimiento libre (o falta de jurisdicción) dictados por tribunales unipersonales o jueces de instrucción. Así, aunque en términos procesales no resulta muy ortodoxo, comprobado que han recaído en la práctica, si aquellos autos fueran dictados por el Juez de lo Penal en procedimiento abreviado o en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, dado que los arts. 790.1 y 803.1 LECrim. prevén, respectivamente, el recurso de apelación contra sus sentencias, por aplicación analógica de los indicados preceptos, y pura y lógica inercia procesal, ha de admitirse la apelación contra dicha clase de autos. Idéntica respuesta se ofrece cuando se trata de autos dictados por el Juez Central de lo Penal en procedimiento abreviado. Y, de la misma manera, cabe el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento libre dictado por el Juez de instrucción, o por el Juez Central de instrucción, en procedimiento abreviado (arts. 779.1.1^a y 782 LECrim.), contra el auto dictado por el primero de ellos en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (arts. 798.2.1^a y 800.1 LECrim.) y, también, si son autos dictados por el Juez de instrucción en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves (cfr. arts. 963.1.1^a, 964.2.a) y 976.1 LECrim.). En todos estos supuestos, salvo los autos provenientes de un juzgado central (de instrucción o de lo penal), en cuyo caso corresponde

⁸ Respecto de las sentencias y autos definitivos dictados por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 846 bis a) y siguientes de la LECrim.

⁹ Aunque no sea muy ortodoxo (art. 744 LECrim.), en procedimiento abreviado se han dictado por algunas audiencias provinciales autos decretando el sobreseimiento libre cuando conocen en primera instancia.

a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en los restantes, la Audiencia Provincial será la competente para resolver el recurso de apelación, y una y otra lo debe hacer por medio de auto.

1.2.1.3. Disposiciones comunes a ambos supuestos

Conforme al art. 846 ter.2 LECrim., la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación interpuestos contra los autos y sentencias dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Y, según dispone el art. 846 ter.1, inciso final, el indicado Tribunal *ad quem* «resolverá las apelaciones en sentencia». La indicación tiene su trascendencia en lo que respecta a la resolución del recurso de apelación interpuesto contra los autos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre, pues el precepto a tener en cuenta para interponer el eventual recurso de casación contra «la sentencia» del Tribunal Superior que resuelve el recurso de apelación (o la de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional) no será el art. 848 LECrim., que únicamente prevé dicho recurso cuando se trata de autos, sino el art. 847.1.a).1º LECrim. (sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia), o 847.1.a).2º LECrim. (sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional). Y, aunque el citado art. 847.1.a) LECrim. autoriza el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, la pauta general es que aquél se prepare y formalice por infracción de ley, en el sentido que se expone más adelante, dado que lo originariamente impugnado en apelación es un auto que se pronuncia en el sentido que recoge el art. 846 ter.1 LECrim.

1.2.2. Motivación y resolución del recurso de apelación contra sentencias

La Ley 41/2015 introduce disposiciones de calado en la regulación general de esta materia (arts. 790 a 792 LECrim.). La más significativa recae sobre el motivo consistente en error en la valoración de la prueba cuando afecte a la parte acusadora pues su posibilidad de actuación queda restringida en un doble sentido. 1º) En primer lugar, no podrá intentar en segunda instancia una condena del acusado que fue absuelto, ni agravar la sentencia condenatoria que hubiera sido impuesta, invocando error en la valoración de la prueba para que el Tribunal del recurso revoque la sentencia del Órgano *a quo* tras valorar de distinto modo la prueba practicada, modificar la declaración de hechos probados y proceder en consecuencia. En este sentido, el párrafo 2º del art. 792.1 LECrim., recogiendo la conocida doctrina del TEDH¹⁰ y TC¹¹,

¹⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aprecia vulneración del art. 6.1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, a contrario sensu, que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir, de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia. (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España).

¹¹ Precisó la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 88/2013, de 11-4, <<vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad (...). La condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concernientes tanto a las declaraciones de los recurrentes, como del querellante, que no fueron practicadas a su presencia, como se pone de manifiesto en la argumentación de la Sentencia de apelación al considerar concurrente el elemento subjetivo, discrepando sobre la credibilidad que se había dado por el órgano judicial de instancia a las declaraciones de los acusados sobre quién era el responsable de que no hubiera podido llegarse a un acuerdo para la compra de las participaciones del querellante. Por tanto, no puede afirmarse que

prohíbe que la sentencia de apelación condene al encausado absuelto en primera instancia o que agrave la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta. 2º) En segundo término, el ámbito del error en la valoración de la prueba se limita en su contenido y efectos pues está circunscrito a justificar la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada. Más que *errores facti* suponen, en su mayor parte, quebrantamientos de forma. En estos casos, conforme al párrafo tercero del art. 790.2 LECrim., la acusación únicamente podrá intentar la anulación de la sentencia que absolvió o, en su caso, condenó sin estimar la agravación instada. El art. 792.1, párrafo 3º, LECrim. contiene los particulares a los que ha de extenderse la sentencia de apelación en el supuesto que declare la nulidad de la sentencia.

Por consiguiente, la única posibilidad que tiene la acusación para lograr, en sede de recurso de apelación, que se revoque la sentencia absolutoria de instancia y se dicte otra condenatoria, o que, siendo condenatoria, agrave la condena, reside en el puro *error iuris* por parte del Juzgador *a quo* cuya invocación y estimación ha de dejar intacto el relato de hechos probados. Según la mencionada STC del Pleno nº 88/2013, de 11-4, <<se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6-6 ó 2/2013, de 14-1)>>, recalando que <<si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)>>. Se insiste en que el éxito del motivo basado en el *error iuris* parte de un respeto absoluto a la declaración de hechos probados. Como advierte la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la mencionada Sentencia (véase nota nº 11), ni siquiera es posible una reconsideración del hecho, esto es, que el mismo acabe teniendo otra lectura en la alzada por afirmar *ex novo* elementos subjetivos, normativos u otros.

2. Recurso de casación

Introducción. No parece que la reforma operada por la Ley 41/2015 haya modificado el esquema básico de la casación penal¹². Tan solo lo ha acomodado tras generalizar, en el sentido expuesto en el anterior epígrafe, la doble instancia en el proceso penal y ampliar las resoluciones judiciales susceptibles de recurso con restricción, respecto de algunas, del empleo de los motivos a invocar. Por tanto, el recurso de casación continúa siendo un medio extraordinario de impugnación que únicamente podrá canalizarse por los motivos expresamente previstos en la Ley. Eso sí, salvo algunas excepciones, su utilización requerirá ahora un paso previo e ineludible en la instancia cual es la interposición del recurso de apelación.

la controversia versara sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica que, por su naturaleza desligada del debate sobre la concurrencia de aspectos fácticos del delito, pudiera resolverse sin la celebración de una vista pública, lo que determina que se deba considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)>>.

¹² Para DEL MORAL GARCÍA, A., “La casación se modifica también en la reforma, pero no como secuela de esa novedosa apelación, sino exclusivamente para permitir que el Tribunal Supremo conozca de todos los temas de Derecho penal sustantivo. Se abren las puertas de la casación (más bien, entreabren: sólo se admitirá por infracción del Ley del art. 849.1º) a las sentencias dictadas en procesos por delitos menos graves”, respuesta a la Encuesta Jurídica en la revista Sepín, Práctica Penal, 4º trimestre-2015, nº 81, pág. 11.

2.1. Autos recurribles en casación y su problemática

El nuevo art. 848 LECrim. establece: “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 primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada”. Como ahora se expondrá, este precepto ha de relacionarse necesariamente con el art. 846 ter LECrim.

Desborda los límites de este trabajo incluir una enumeración exhaustiva de los autos contra los que procede el recurso de casación; no obstante, es conveniente ofrecer ciertas pautas generales sobre la dicción del art. 848. En cualquier caso, debe ponerse de manifiesto que la reforma de la Ley 41/2015 (véanse arts. 846 ter y 848) ha olvidado, o no ha querido incluir, los autos definitivos dictados en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia en procedimiento abreviado y, en ciertos supuestos, en el ordinario¹³, cuando se trate del enjuiciamiento de aforados, respecto de los que, al igual que se dirá más adelante para las sentencias dictadas en primer instancia por este Órgano jurisdiccional (aforados), cabrá sostener su recurribilidad directa en casación.

Para obtener una mejor panorámica en el análisis del art. 848 LECrim., entiendo más adecuado invertir el orden que propone el precepto.

2.1.1. Autos definitivos dictados “en primera instancia” y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Como se adelantó con ocasión del recurso de apelación contra los autos a los que se refiere el art. 846 ter LECrim., es importante subrayar ahora el defecto técnico en el que incurre el art. 848 LECrim. pues parece autorizar la casación directa contra «los autos definitivos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre» concurriendo los presupuestos que indica.

Y, en mi opinión, no es así. Esta clase de autos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya aparecen expresamente incluidos en el art. 846 ter.1 como susceptibles de recurso de apelación a resolver por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. La regulación que propone el art. 848 LECrim, en este concreto extremo, es de todo punto contradictoria con el indicado art. 846 ter.1 y, además, incompatible con el sistema establecido en general por la Ley 41/2015 pues, de otro modo, resultaría contradictorio que quepa el recurso de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y, sin embargo, no se establezca ese mismo recurso cuando se trata de los citados autos definitivos pronunciados por dichos Órganos jurisdiccionales también en primera instancia. Recuérdese que la resolución que se recurre es la que resuelve el recurso, no la originariamente impugnada. La única solución posible es tener la indicación legal «en primera instancia» del art. 848 como inoperante o inexistente. Es más, según el art. 846 ter.1 *in fine*, el recurso de apelación contra aquellos autos lo resuelve el Tribunal *ad quem* por sentencia por lo que, de utilizarse el recurso de casación, la vía normativa no es el art. 848 sino el art. 847 LECrim.

Y, teniendo dicha indicación por no puesta, cobra todo su sentido el otro supuesto que contiene el art. 848 LECrim. que permite la casación contra los «los autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa

¹³ Véase infra lo expuesto respecto del art. 676, párrafo 3º, LECrim.

se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

Aclarado lo anterior, conforme al art. 848 LECrim., los dos únicos supuestos en los que cabe casación contra los autos definitivos que incluye, son:

1.1.1. Cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción. Como expone MARCHENA GÓMEZ¹⁴, con esta específica previsión “el legislador no hace sino dar carta de naturaleza a lo que ya había sido declarado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tres resoluciones son destacables en esta materia por su especial alcance. Se trata de las SSTS 327/2003, 25 de febrero -Guatemala-; 712/2003, 20 de mayo -Perú- y 319/2004, 8 de marzo -Chile-. La doctrina sentada en la primera de estas sentencias abrió el camino para la impugnación de las decisiones que ponen termino al proceso por falta de jurisdicción”. Por el contrario, el pronunciamiento que afirme la jurisdicción española, tras haber sido controvertida por alguna de las partes, dado que no se trata de un auto definitivo y que no supone la finalización del proceso, no debiera ser recurrible en casación con base en este art. 848 LECrim.

1.1.2. Cuando supongan la finalización del proceso por sobreseimiento libre siempre que la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada. El texto legal no hace sino recoger parte de la constante y reiterada doctrina que la Sala II ha proclamado acerca de la admisibilidad del recurso de casación contra los autos dictados en apelación que acordaban el sobreseimiento libre en el procedimiento abreviado. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II celebrado el 9 de febrero de 2005 impuso tres presupuestos que debían concurrir ineludiblemente: *“Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1ª). Se trate de un auto de sobreseimiento libre. 2ª). Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables. 3ª). Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación”*.

1º) Tras la reforma, las pautas exigidas en el renovado art. 848 LECrim. no se apartan en exceso de los términos del citado Acuerdo aunque han quedado sensiblemente ampliados. Y se dice esto porque, a diferencia del requisito exigido en último lugar en el Acuerdo de 9 de febrero de 2005, que venía a imponer que el hecho por el que se incoó el procedimiento debía ser de los que su hipotético enjuiciamiento correspondiera a la Audiencia Provincial, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el art. 848 LECrim. no establece exigencia o limitación alguna en este punto. Por consiguiente, puede tratarse ahora de hechos competencia del Juzgado de lo Penal.

En este contexto, el precepto se refiere a los autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales, o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, lo que exige hacer referencia a los autos de esta índole susceptibles de dicho recurso de apelación. Y, de este modo, cabe citar: a) los autos que confirmen en apelación: a.1) el sobreseimiento libre acordado, en procedimiento abreviado, por el Juez de instrucción o Central de instrucción (el supuesto procesal sería el previsto en los arts. 782 y 783.1 LECrim. una vez dictado el auto contemplado en el art. 779.1.4ª LECrim.); a.2) el sobreseimiento libre acordado por el Juez de lo Penal o Central de lo Penal¹⁵. Y, de igual manera, b) los autos de la Audiencia (o Sala de lo Penal) que revoquen, también en apelación, la resolución del Instructor proclive a la continuación del procedimiento abreviado (art. 779.1.4ª LECrim.) y decreten el sobreseimiento libre.

Por lo expuesto, técnicamente, no están excluidos del ámbito del art. 848 LECrim., tratándose del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, los autos dictados

¹⁴ MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, editorial Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, págs. 550 y siguientes.

¹⁵ De la misma manera que se expuso en la nota nº 9, se menciona el auto de sobreseimiento libre dictado por el Juez de lo Penal o Central de lo Penal pues, igualmente, se ha visto recaer en ocasiones en la praxis.

en apelación por las Audiencias Provinciales confirmando el auto del Juez de instrucción que denegó la apertura del juicio oral y acordó el sobreseimiento libre conforme al art. 783.1 LECrim.

2º) Parece que el sobreseimiento libre al que se refiere el art. 848 es el descrito en el ordinal 2º del art. 637 por no ser los hechos constitutivos de delito¹⁶, aunque, en mi opinión, no habría obstáculo para incluir, del mismo modo, el ordinal 3º que lo autoriza en caso de concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal siempre que semejante decisión supusiera considerar, en definitiva, que los hechos no son constitutivos de delito y, del mismo modo, el fin del procedimiento (cfr., no obstante, art. 782.1 LECrim.). De hecho, la STS nº 1172/2009, de 22-10, con cita de otras, ya lo admitió en parecidos términos: <<En el presente caso se ha acordado el sobreseimiento libre conforme al artículo 637.3 LECrim., es decir, cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores, y no por el número segundo, como solicitaba el Abogado del Estado, cuando el hecho no sea constitutivo de delito, y el mencionado artículo 848.2 LECrim. limita el recurso de casación a este segundo caso, dado que es el único de los relacionados en el artículo 637 en el que el Tribunal, aunque se le solicite la apertura del juicio oral, puede no obstante acordar el sobreseimiento de la causa ex artículo 645 LECrim. Sin embargo, como señala la STS citada 1401/05, esta limitación de los autos recurribles a los de sobreseimiento del art. 637.2, no impide que también sean recurribles los del art. 637.3, cuando se hubiera aplicado indebidamente el nº 3 en vez del nº 2. En otras palabras, en los casos en los que la exención de responsabilidad criminal del procesado pudiera dar lugar a que se considerase que el hecho no es constitutivo de delito (por ejemplo, por aplicación de una causa de justificación: legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), debe concluirse que la resolución pudiera haber sido el nº 2 del art. 637 y en consecuencia, será recurrible. De manera que únicamente debe aplicarse el art. 637.3 en los supuestos de inimputabilidad y de inculpabilidad, en cuyo caso no será recurrible en casación (también STS 301/07). Por último, es importante subrayar en el caso que no se han solicitado nuevas diligencias de prueba por ninguna de las partes, lo que quiere decir que las mismas se atienen al material instructorio incorporado a la causa, y por ello se trata de resolver una cuestión de derecho a la luz de aquéllas relativa a la concurrencia o no de una causa de justificación, decisión que la Audiencia en estas condiciones está facultada para tomar, puesto que en principio los hechos no pueden variar a lo largo del juicio oral (ver también STS 301/07), y siendo esta decisión equivalente a una sentencia absolutoria, será susceptible de recurso de casación ex artículo 848.2 LECrim. como ya hemos señalado anteriormente>>.

En cualquier caso, al admitirse únicamente por infracción de ley, será preciso que la resolución contenga un relato fáctico sobre el que pueda realizarse, al resolver el recurso, el juicio de tipicidad.

3º) Finalmente, el art. 848 LECrim. exige que *la causa se haya dirigido contra el encausado* mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada. Para desentrañar este inciso puede valer el concepto que ofrecía la Sala II en el referido Pleno al decir que se trate de *una resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables*.

En el procedimiento ordinario es claro que esa resolución judicial es el auto de procesamiento. Empero, para el procedimiento abreviado no está prevista una resolución similar. La jurisprudencia de la Sala II, siguiendo el tenor del citado Acuerdo de 9 de febrero de 2005, que requería *una imputación judicial equivalente a un procesamiento*, situó la solución en el auto regulado en el art. 779.1.4º LECrim. que acuerda continuar las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Junto al mismo, también se ha admitido, en ocasiones, respecto del auto que acuerda medidas cautelares siempre que contuviera ciertos condicionamientos, y se ha

¹⁶ No obstante, la anteriormente mencionada STS nº 665/2013, de 23-7, con cita de la STC nº 171/1988, de 30 de septiembre, se pronunció favorablemente a la estimación del recurso de casación por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

rechazado respecto del auto que admite la querrela, el auto de incoación de diligencias previas o la imputación al investigado que regula el art. 775 LECrim. Todos estos criterios no parecen que vayan a ser alterados al no incluirse, en este punto, un nuevo elemento con la reforma. Ilustrativa resulta, a estos efectos, la STS nº 63/2011, de 4-2, pudiendo verse también las SSTS números 872/2015, de 5-2 y 515/12, de 21-6. En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido para determinados delitos, el auto equivalente al del art. 779.1.4º LECrim. es el regulado en el art. 798.2.1º LECrim. por el que se acuerda continuar el procedimiento de enjuiciamiento rápido.

2.1.2. Autos para los que la ley autorice el recurso de casación de modo expreso

Es el otro grupo de resoluciones que incluye el art. 848 LECrim. Se trata de autos directamente impugnables en casación por disposición de la Ley de Enjuiciamiento y que, dicho sea de paso, la reformadora Ley 41/2015 ha olvidado prever, al menos, respecto de algunos de ellos, la indicación de introducir el previo recurso de apelación, lo que plantea algunos problemas hermenéuticos.

En la actualidad, aquellos autos son los relativos a cuestiones de competencia (arts. 25, 32 -si bien éstos establecen el previo recurso de apelación-, 31, 35, 40 y 43 LECrim.), el derivado de la recusación mencionada en el art. 69¹⁷ LECrim., la denegación de preguntas a la que se refiere el art. 709, párrafo 3º, aunque es obvio que procederá primero recurso de apelación contra la sentencia, y el contemplado en el art. 988 LECrim. sobre acumulación de condenas.

Por su interés, me detendré brevemente en los autos a que se refiere el art. 988 y analizaré posteriormente, por la peculiaridad del tratamiento procesal aplicado hasta la promulgación de la Ley 41/2015, en qué situación quedan los autos que, de acuerdo con el art. 676, resuelven los artículos de previo pronunciamiento que enumera el art. 666 LECrim.

1.2.1. Autos que resuelven acumulación de condenas. Como se adelantaba, puede reiterarse que el legislador del año 2015 no se percató de introducir una indicación que contemple un previo recurso de apelación contra ellos. Sin embargo, ha de apuntarse que hasta tanto no acaezca una posterior modificación legislativa expresa que en su caso disponga (o no) la interposición de recurso de apelación respetando (o no) la casación contra la resolución que lo resuelva, entiendo que procede mantener la previsión actual que prevé directamente el recurso de casación contra los indicados autos, pues son resoluciones dictadas en ejecución de sentencia¹⁸ donde, en rigor, ya no rige la doble instancia sino tan solo el derecho a que la cuestión la decida un tribunal superior. Y, en cualquier caso, únicamente está previsto por la Ley el recurso de casación.

1.2.2. Autos que resuelven artículos de previo pronunciamiento. Con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2015 se entendía que a pesar de los términos del art. 676, párrafo 3º, LECrim., el recurso precedente era el de casación. A tal efecto, el Acuerdo del Pleno de fecha 8-5-1998 (reflejado en STS 6-7-1998)¹⁹ es del siguiente tenor: *“El actual artículo 676 LECrim. tras su modificación por LO 5/1995, de 22-5, debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la LO 5/1995 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de ese ámbito procesal, el recurso que corresponde es el de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo, a través de lo dispuesto en el art. 848 LECrim”*.

Sin embargo, el cierre del círculo del sistema impugnativo contra resoluciones no interlocutorias que impone la reforma de la Ley 41/2015 en pro de la segunda instancia, provoca que se

¹⁷ Véanse, no obstante, los arts. 228.3 LOPJ y 851.6º LECrim.

¹⁸ Salvo el supuesto excepcional, nada frecuente, de que las penas respecto de las que se acomete la acumulación fueran impuestas en una misma sentencia.

¹⁹ GRANADOS PÉREZ, C. *“Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia”*, editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 216.

rehabilite, cobrando todo su sentido, el mencionado párrafo 3º del art. 676 LECrim. y quede sin aplicación práctica el citado Acuerdo del Pleno. Recordemos que el precepto establece: *“Contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2.º, 3.º y 4.º del artículo 666, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime no se da recurso alguno, salvo el que proceda contra la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678”*. Y, de la misma manera que anteriormente se argumentó, el basamento de lo que se viene sosteniendo radica en la paradoja que supondría que quepa el recurso de apelación, ante el Tribunal Superior (o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional), contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Audiencia Provincial (o Sala de los Penal de la Audiencia Nacional) y, sin embargo, no fueran apelables ante aquel Órgano los autos definitivos dictados en primera instancia por las Audiencias declarando, por ejemplo, la prescripción del delito o la cosa juzgada (art. 666 LECrim.).

Pero hay que ir por partes pues, como se ha dicho, en mi opinión, tras la reforma que llevó a cabo la Ley 41/2015, el Acuerdo del Pleno de fecha 8-5-1998 respecto del art. 676, párrafo 3º, LECrim. ya no tiene razón de ser. Conforme al art. 846 ter, por ser definitivos y recaer el sobreseimiento libre (véase art. 675 LECrim.), podrán ser recurridos en apelación los autos que resuelvan artículos de previo pronunciamiento de las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, declarando la cosa juzgada, la prescripción del delito y la amnistía o el indulto. La apelación será resuelta en sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior, o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 846 ter.1, *in fine*), y contra la misma cabrá recurso de casación vía art. 847.1.a). 1º ó 2º, LECrim., (no art. 848 LECrim.), por la razones expuestas en anteriores epígrafes.

La respuesta no puede ser tan contundente respecto del artículo de previo pronunciamiento previsto en el ordinal 1º del art. 666, *la declinatoria de jurisdicción*. Recuérdesse además que, junto al citado Acuerdo de 8-5-1998, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 13-12-2013 se mostró favorable a la admisión del recurso de casación contra los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento cualquiera que fuera su sentido, estimatorio o desestimatorio de la cuestión²⁰. La mencionada cuestión previa suscita un problema puesto que, bajo su amparo, se vienen planteando en la fase intermedia del procedimiento no sólo las referentes a la jurisdicción propiamente dicha, sino también al procedimiento a seguir (vgr. transformación de procedimiento ordinario al previsto en la LO del Tribunal del Jurado), o al Tribunal territorialmente competente.

Se ha analizado cómo el art. 846 ter admite el recurso de apelación contra los autos de las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictados en primera instancia, que supongan la finalización de proceso por falta de jurisdicción. En consecuencia, únicamente, en el supuesto en que el auto afirmara la falta de jurisdicción española se entendería que conlleva la finalización del proceso. En tal caso, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (o Sala de apelación) resolviendo aquel recurso de apelación cabría recurso de casación (art. 847.1.a) LECrim.). Lo mismo hay que sostener, pero por otra senda procesal, si fuese el Juez de lo Penal (o Central de lo Penal) el que pronunciara el auto afirmando la falta de jurisdicción española pues entonces cabría apelación ante la Audiencia Provincial²¹, (o Sala de lo Penal de la AN), y el auto que la resolviera sería recurrible en casación por mor del art. 848 LECrim.

Empero, el auto que se pronuncie sobre los restantes supuestos que se ha indicado (competencia territorial, procedimiento), o cuando deniegue la pretensión de falta de jurisdicción, en rigor, no pone fin al procedimiento penal por lo que es posible que la nueva normativa obligue a la Sala II a un replanteamiento del reseñado Acuerdo al no ser ya argumento la dicción del art. 676, párrafo 3º, para sostener la viabilidad del recurso de casación. Todo lo

²⁰ Establece el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 13-12-2013: *“Los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión”*.

²¹ Véase lo expuesto en el apartado 2.1.2 de este trabajo.

contrario, el auto recogiendo estos pronunciamientos, dictado por la Audiencia Provincial, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, no está legalmente previsto en el art. 848 ni se trata de un auto definitivo. La cuestión, en pro del recurso, podría quedar resuelta ex art. 25 LECrim.

2.1.3. Motivos de casación contra los autos que refiere el art. 848 LECrim

El art. 848 impone utilizar como motivo, exclusivamente, la infracción de Ley que define el art. 849 LECrim. Por tanto, el tenor del precepto obliga, en primer lugar, a excluir el recurso de casación contra los autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales, o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a que se refiere el art. 848, cuando invoque cualquier otro motivo, sea éste por infracción de derechos fundamentales o por quebrantamiento de forma. En segundo término, del mismo modo ha de segregarse el motivo por infracción de Ley que autoriza el art. 849.2º LECrim por error en la valoración de la prueba, pues no habiendo existido valoración probatoria en el momento procesal en el que se dicta el auto, no puede acometerse su impugnación por semejante motivo. En este sentido, la Sala II ha matizado la expuesta regulación con pronunciamientos, sobre el anterior texto del art. 848, que son susceptibles de mantenerse respecto del vigente. Así, la nº STS 665/2013, de 23-7, entendió que no cabe utilizar la vía del art. 849.2º: <<...a) No puede hablarse en rigor de error en la valoración de la prueba en la medida en que solo impropiamente se habla de “prueba” antes de que comience el juicio oral, único escenario apto en principio, con las lógicas excepciones, para desplegar actividad probatoria en sentido estricto. El art. 849.2º LECrim sólo cohonesta bien con una resolución dictada tras el juicio oral. Exige como presupuesto unos hechos probados, surgidos del juicio oral, en los que plasmará la valoración fáctica que se combate enarbolando prueba documental. b) Precisamente por ello del art. 848 LECrim se deduce con claridad que para admitir el recurso de casación contra un auto de sobreseimiento es necesario que sea libre por no ser los hechos constitutivos de delito, es decir que estemos ante el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2º LECrim, lo que automáticamente nos conduce a un único motivo de casación factible: el art. 849.1º LECrim...>>.

2.2. Sentencias recurribles en casación

La Ley 41/2015 ha dado nueva redacción al art. 847 LECrim.:

1. Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: 1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. 2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

Como puede observarse, dependiendo del supuesto de procedencia de la sentencia cabrá utilizar todos los motivos previstos para el recurso de casación o exclusivamente uno de ellos. Si bien, la recurribilidad de las sentencias dictadas en apelación adolecen de una excepción de carácter excluyente: no cabrá recurso de casación contra las sentencias que no son definitivas, esto es, las dictadas en apelación que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

2.2.1. Sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 847.1.a).1º, inciso 1º).

Estas sentencias recaerán en los supuestos de enjuiciamiento de aforados cuya competencia corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia. Es la única hipótesis para la que no está

previsto el recurso de apelación contra sentencias²² por tratarse éste de una clase de recurso que la Ley no contempla que pueda ser resuelto por la Sala II del Tribunal Supremo, Órgano superior de aquéllos. Por tanto, el recurso de casación se ajustará a la regulación ordinaria²³.

2.2.2. Sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 847.1.a).1º, inciso 2º), o las dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 847.1.a).2º).

Se trata de las sentencias que resuelven los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, al enjuiciar los delitos cuya competencia les viene atribuida por los trámites del procedimiento ordinario, del procedimiento abreviado y Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. A esta enumeración hay que incluir, igualmente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 846 ter.1 LECrim., las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre dictados, en primera instancia, por las Audiencias Provinciales o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En términos generales, la instauración del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias o Sala de lo Penal es posible que incida en la dinámica del recurso de casación en varios sentidos:

1º) Los motivos a invocar en el recurso de casación son los indicados en el art. 847.1 LECrim. (por infracción de ley y quebrantamiento de forma), -igualmente, la vía del art. 852 LECrim. mejor que la indicación del art. 5.4 LOPJ-, si bien, con la exigencia de haberlos introducido previamente en el recurso de apelación; de lo contrario, su invocación por primera vez en sede casacional debiera entenderse como cuestión nueva e incurrir en causa de inadmisión o, en su caso, de desestimación. No es difícil aventurar que la doctrina que, en este punto, mantiene la Sala II respecto del recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores que resuelven el recurso de apelación interpuesto contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, sea reiterada para las sentencias de los Tribunales Superiores y Sala de Apelación de la Audiencia Nacional que resuelvan los recursos de apelación a los que me estoy refiriendo. Señalan, por ejemplo, las SSTS números 438/2012, de 16-5 y 497/2016, de 9-6: <<De lo expuesto, se deriva con claridad -se dice en la STS 41/2009, de 20-1- que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación y, por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido SSTS 255/2007 ó 717/2009, de 17-5 y 1249/2009, de 9-12>>.

2º) Por otro lado, la implantación del recurso de apelación contra las sentencias de las Audiencias Provinciales, y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, es seguro que afecte al modo en el que Sala II venía resolviendo, sobre todo, las cuestiones relativas a la valoración de la prueba y presunción de inocencia. En efecto, hasta ahora, la Sala II suplía, en cierta medida, la carencia de un recurso de apelación y aunque proclamaba su función de control sobre la prueba, lo cierto es que en muchas ocasiones se adentraba en valoraciones probatorias alcanzando re-

²² Del mismo modo, no cabe recurso de apelación contra las sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo.

²³ En orden a la tramitación ordinaria del recurso de casación puede verse LUZÓN CUESTA, J.Mª., *El recurso de casación penal*, editorial Dykinson, 2015.

sultados diferentes a los plasmados por las Salas de enjuiciamiento. Operaba así como Tribunal de apelación más que como Sala casacional. Sin embargo, lo lógico es que esa labor sea desempeñada ahora por los Tribunales Superiores, o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, al resolver el recurso de apelación, y que la Sala II limite su actuación al ámbito que le es propio: control de la existencia de prueba de cargo razonada y expuesta de manera motivada en lugar de examen y análisis como tercera instancia, que legalmente no existe ni es modelo sostenible conforme a una interpretación racional de la reforma²⁴.

Botón de muestra de lo expuesto se refleja en sentencias de la Sala II que explican su misión en casación frente a las de los Tribunales Superiores que resuelven el recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado. Véanse, por ejemplo, las SSTS números 310/2014, de 27-3 y 289/2012, de 13-4.

Algunos autores han mantenido el reseñado criterio. Así CONDE PUMPIDO²⁵ afirma respecto del recurso de casación contra estas sentencias que “el contenido del recurso debe adaptarse a la naturaleza propia de la casación, centrándose en la unificación de la doctrina penal sustantiva, y reduciendo progresivamente la actual inflación de cuestiones fácticas y procesales, que deben depurarse en la segunda instancia. La Sala Segunda debe recuperar su función propia de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y no de Sala de lo Procesal, pues cualquier penalista puede comprobar cómo en la actualidad la mayoría de nuestras resoluciones dedican mayor atención y espacio a las cuestiones fácticas y procesales, que a las penales. La admisión, en consecuencia, debe cerrar el acceso a los recursos que solo pretendan repetir por tercera vez el debate fáctico, interpretando la casación como tercera instancia”. Por su parte, DEL MORAL GARCÍA²⁶, mantiene, “Es muy probable que se redimensione la holgura con que el Tribunal Supremo se adentra en cuestiones de prueba al resolver invocaciones de la presunción de inocencia. Seguramente, se implantará un mayor autocontrol en el sentido de respetar, en principio, las conclusiones probatorias concordes de los Tribunales de primera y segunda instancia, siempre que se constate la existencia de prueba de cargo razonada y motivada... Existiendo ya un recurso de apelación previo con plena capacidad para revisar la valoración de la prueba cuando la sentencia es condenatoria, la casación irá posiblemente poco a poco abandonando ese territorio, seguramente ajeno, que había ocupado bajo la bandera de la presunción de inocencia. Ya no será necesario suplir las carencias derivadas de la ausencia de una apelación”.

Finalmente, un avance de lo que puede ser un trazo de la doctrina de la Sala II sobre el control de la inferencia en apelación por los Tribunales Superiores, o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y, en casación, por la Sala II del Tribunal Supremo, cabe observarlo en las SSTS números 555/2014, de 10-7 y 438/2012, de 16-5.

2.2.3. Por último, el tercer grupo de sentencias recurribles en casación son las dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 847.1.b).

Con independencia de la apuntada repercusión indirecta que pudiera tener, en lo atinente a la resolución del recurso de casación, la implantación generalizada del sistema de doble instancia en nuestro ordenamiento procesal, es, este punto concreto, donde más ha incidido la reforma de la Ley 41/2015. Excepcionando algún matiz, lo que en realidad hace es ampliar el círculo de resoluciones recurribles y, como luego se dirá, merced a imponer la infracción de precepto

²⁴ No se escapa al autor del presente trabajo que tras la expuesta afirmación se genera todo un extenso debate acerca del modelo de actuación de la Sala II en este punto tras la implantación del recurso de apelación.

²⁵ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., respuesta a la Encuesta Jurídica en la revista Sepín, *Práctica Penal*, 4º trimestre-2015, nº 81, pág. 8.

²⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., respuesta a la Encuesta Jurídica en la revista Sepín, *Práctica Penal*, 4º trimestre-2015, nº 81, pág. 11. Del mismo autor, *La reforma procesal penal: retos y objetivos*, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, febrero de 2016 e *Incidencia de la última reforma procesal en el sistema de recursos contra sentencias*, publicado en Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 2, 1-febrero-2016.

sustantivo como único motivo utilizable, reconducir la casación a su función originaria respecto del sector del Libro II del Código Penal menos susceptible, hasta ahora, de obtener pronunciamientos de la Sala II del Tribunal Supremo y que, con anterioridad, solo tenían lugar por mor del instituto de la conexidad procesal.

2.3.1. Sentencias recurribles. Recuértese que son susceptibles de recurso de apelación las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en procedimiento abreviado (art. 790 LECrim.) y en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803 LECrim.), y las pronunciadas por el Juzgado Central de lo Penal en procedimiento abreviado (art. 790 LECrim.). Pues bien, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra las expresadas sentencias, serán recurribles en casación.

Resta aludir a las sentencias dictadas por los Juzgados de instrucción en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves que, de acuerdo con el art. 976.1 LECrim., son recurribles en apelación. El problema es que legislador ha dejado subsistente el art. 977 LECrim. conforme al cual, *“contra la sentencia que se dicte en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno”*. En mi opinión, el art. 847.1.b), que permite el recurso de casación por infracción de Ley del art. 849.1º *contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales*, no establece excepción alguna y, por otro lado, la Ley que lo introduce (Ley 41/2015) es de fecha posterior a la que dio redacción al art. 977²⁷ (Disposición Final 2ª de la LO 1/2015), por lo que la indicada previsión del art. 977 debería entenderse tácitamente derogada al contradecir lo regulado en la ley nueva. *Item* más, los arts. 624 y 625, cuyo contenido ha de entenderse referido ahora a este procedimiento por delitos leves, hablan de recurso de casación. Sin embargo, la Sala II no lo ha entendido así y en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 9-6-2016 concluye que no cabe casación contra las sentencias que resuelvan el recurso de apelación: *<<El art. 847.1.b) LECrim. debe ser interpretado en relación con los arts. 792.4 y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno. En consecuencia el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves>>*.

Expuestas las resoluciones recurribles, procede ahora centrar el análisis en su motivación, admisión, decisión y efectos.

2.3.2. Motivos. El art. 847.1.b) LECrim. establece, con claridad y contundencia, que el recurso de casación únicamente se admitirá por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del art. 849, esto es, *“cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal”*.

Los autores²⁸ se muestran contestes en que la reseñada reforma sobre este extremo devuelve al recurso de casación su función propia de unificación de doctrina. La diversidad de criterios que en la actualidad reflejan las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales sobre un llamativo número de delitos menos graves desaparecerá a medida que la Sala II vaya asentando los patrones hermenéuticos de los distintos tipos penales que, de este modo, obtendrán un único sentido²⁹. Es la denominada función nomofiláctica del recurso de casación pues adquiere valor de complemento del ordenamiento jurídico al suministrar pautas uniformes

²⁷ El art. 977 LECrim. no ha sido modificado por la Disposición Final 2ª de la LO 1/2015 ni por ningún otro precepto y, por tanto, mantiene su redacción en los términos que figuraba en la regulación del desaparecido juicio de faltas.

²⁸ Véanse Marchena Gómez, Conde-Pumpido Tourón, Del Moral García, Calderón Cuadrado, en obras e intervenciones citadas supra. GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, editorial Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, págs. 641 y 642.

²⁹ Incluidos, los pronunciamientos sobre delitos leves que se conozcan por mor de la conexidad procesal.

de interpretación. Con ello, quedará asegurada la observancia, entre otros, de los principios de seguridad jurídica e igualdad. Eso sí, también la Sala II tendrá que hacer el esfuerzo que semejante función reclama y evitar reflejar en sus sentencias diferentes interpretaciones de los tipos penales, incluso contradictorias, como en no pocas ocasiones se ha observado.

En mi opinión, la interpretación de las expresiones referidas a *la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter* ha de recobrar ahora su auténtico significado sin excepciones³⁰. Su exégesis debiera ser restrictiva dada la nítida voluntad del legislador y la existencia de otros preceptos (arts. 852 LECrim, 5.4 LOPJ) llamados a canalizar las reclamaciones por teórica vulneración de derechos fundamentales cuando, tiene que decirse ahora, la resolución recurrible permita semejante vía casacional (art. 847.1.a). Otro entendimiento, se insiste, implicaría desnaturalizar la reforma de la Ley 41/2015 en este punto y adentrarse en ámbitos no queridos ni pretendidos por el Legislador. Señala el Preámbulo de la misma: <<...Junto con la reforma de la segunda instancia es necesario remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias (...). En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad...>>.

Algún sector ha visto en el art. 852 LECrim. un escollo a la expuesta hermenéutica. Y es cierto que el mismo establece que *“En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”*. Sin embargo, la expresión *«en todo caso»* no puede reclamar su imposición a una reforma legislativa posterior que pretende, precisamente, unificar los criterios de aplicación de la Ley Penal, máxime cuando, por un lado, la infracción de derechos fundamentales que pudiera arrastrar una decisión en primera instancia cabe invocarla y ventilarla en el correspondiente recurso de apelación y, por otro, ningún precepto procesal alcanza siquiera a insinuar que la casación penal haya de funcionar como una tercera instancia procesal. El art. 847.1.b) se expresa en términos de absoluta taxatividad.

De hecho, la Sala II cuenta con resoluciones que explican bien por qué la dicción *«precepto sustantivo»* ha de excluir infracciones de derechos fundamentales y de índole procesal. La STS nº 291/2012, de 26-4, dijo al respecto: <<...constituyen requisitos básicos para la admisión del motivo el respeto del relato fáctico (art 884.3º), que su argumentación no se fundamente en alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con los hechos declarados probados (art 884. 3º), y que la norma denunciada como infringida sea de naturaleza sustantiva y no procesal (art 849.1º). Es cierto que esta Sala casacional, tras la entrada en vigor de la CE y ante la inexistencia de un cauce legal expreso para la denuncia de infracciones constitucionales, abrió para ello la vía del núm. 1º del art 849 de la LECrim., pero también lo es que una vez establecida por el Legislador la nueva redacción del art 852 de la LECrim., según la cual *“en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”*, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, hace ya doce años, es claro que es éste el cauce casacional adecuado y el precepto que debe ser invocado cuando se denuncia la supuesta vulneración de un precepto constitucional, bien por sí solo o bien en combinación con el art 5 4º de la LOPJ, y no el art 849 1º de la LECrim. que cumple una función diferente y muy específica

³⁰ Por ejemplo, la STS nº 11/2011, de 1-2, con cita de la STC nº 21/1994, de 27-1, muestra bien la indebida ampliación de la infracción de precepto sustantivo a la de los preceptos procesales.

en la arquitectura casacional y que exige para poder cumplir adecuadamente dicha función unos requisitos incompatibles con los supuestos de vulneración constitucional>>.

En este contexto, «*precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter*», se traduce en el artículo o artículos aplicables para realizar por completo el juicio de tipicidad. Lo apuntaba de manera pormenorizada la STS nº 807/2011, de 19-7: <<Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal>>.

En cualquier caso, el hipotético debate que pudiera producirse sobre todas estas cuestiones queda zanjado, al menos en la praxis de los Tribunales, con el Acuerdo adoptado por la Sala II en el Pleno no jurisdiccional de fecha 9-6-2016 sobre la interpretación del artículo 847.1.b) LECrim.: <<A) *El art. 847 1º letra b) de la LECrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECrim., debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2º, 850, 851 y 852. B) Los recursos articulados por el art. 849.1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva. C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim.)... >>.*

En consecuencia, habrá que estar a la declaración de hechos probados fijada definitivamente en la resolución que se recurre en casación para realizar el consiguiente análisis jurídico-penal, sin que sea posible que aquéllos sufran la más mínima alteración o modificación. Y ello es así hasta el punto que, en mi opinión, el motivo del art. 849.1º LECrim. del recurso de casación contra las resoluciones a las que se refiere el art. 847.1.b) no debiera incluir la revisión de los llamados juicios de inferencia sobre la intención del autor o partícipe pues ésta se extrae del acervo probatorio que fue objeto de examen en primera y segunda instancia y, en rigor, es ajena a la infracción de precepto sustantivo al aparecer como acreditada en la resolución recurrida. Dejó asentado la STS nº 609/2014, de 23-9, que <<El ánimo o intención no deja de ser un hecho; un hecho interno pero hecho en definitiva (...). La intención de matar, en sí, es un elemento fáctico. Su valoración queda fuera de la capacidad de revisión del Tribunal superior. Cuestión diferente sería dilucidar si determinada actitud (por ejemplo, indiferencia frente al resultado), que ha de ser descrita por el órgano que percibe la prueba directamente, pudiera ser catalogada o no, v.gr. como dolo eventual. Ahí ya nos adentramos en el territorio de la valoración jurídica que puede debatirse en toda su amplitud en vía de recurso>>.

2.3.2.1. Aspectos que puede incluir el motivo del art. 849.1º LECrim. Según el Preámbulo de la Ley 41/2015, <<A efectos de determinar la existencia de ese interés casacional deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido>>.

En realidad, el Preámbulo no hace sino indicar referentes que provienen de un tronco común: la infracción del precepto penal sustantivo. Dicha infracción tendrá lugar, a) en el momento en

que existan dos sentencias que recogen idéntico supuesto de hecho y, sin embargo, ofrezcan una respuesta penal diferente. Obvio es que una de ellas (o, puede suceder que, incluso, las dos) incurra en *error iuris*. b) También existirá la indicada infracción de Ley cuando la sentencia dictada en apelación, revocando o confirmando la dictada en primera instancia, se oponga, en lo que se refiere a este ámbito, a la doctrina jurisprudencial. Conviene recordar que el art. 885.2º LECrim. establece como causa de inadmisión del recurso, “*Cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales*”. Aquel precepto fue introducido en la LECrim. por la Ley 21/1988, de 19 de julio, y, en las breves palabras que le dedicó a justificar la reforma, señaló “Se evitará así al Alto Tribunal conocer de recursos que carecen de fundamento o que inciden en materias que hayan sido ya solventadas en un sentido uniforme, en perjuicio de su función”. c) Finalmente, el último referente que ofrece el Preámbulo de la Ley 41/2015 acoge la aplicación por las Audiencias de normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Sobre el particular, el ya mencionado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, señala en su punto D): <<Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido>>.

Como se ha dicho, estos supuestos no deben confundirse con el único Motivo admisible: la infracción de Ley en el sentido expuesto. De hecho, en mi opinión, la enumeración del Preámbulo no puede entenderse en absoluto cerrada o en *numerus clausus*. El propio Preámbulo utiliza la expresión «*entre otros*». Y es que caben otros supuestos (vgr. infracción de precepto penal de más de 5 años de antigüedad sobre el que se pronuncia por primera vez una audiencia y nunca lo ha hecho la Sala II). Nótese que no se trata de un recurso en interés de Ley. La expresión «*interés casacional*» que emplea el Preámbulo de la Ley 41/2015 y el renovado art. 889 LECrim. es meramente funcional pues, como después se dirá, la interposición del recurso de casación contra las resoluciones a las que se refiere el art. 847.1.b) seguirá la tramitación ordinaria, salvo la especialidad prevista en el art. 889, y, de estimarse, quedará casada la sentencia de la Audiencia y dictada otra en su lugar por la Sala II.

2.3.2.2. Acerca de la revocabilidad de las sentencias absolutorias. En la actualidad, la posibilidad de revocación de una sentencia absolutoria, en sede de recurso de casación, es ciertamente escasa. De idéntica manera a la expuesta con relación al recurso de apelación, no cabe revocar una sentencia absolutoria y dictar otra condenatoria por cuestiones fácticas, es decir, que tengan que ver con la valoración de la prueba. Tampoco, dictar una sentencia que agrave la anterior merced a una distinta valoración de la prueba. La doctrina constitucional limitando las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias (o agravación de las condenatorias) por vía de recurso arrancó con la STC nº 167/2002, de 18 de septiembre. Se ha reiterado en numerosas sentencias posteriores (por ejemplo, SSTC números 21/2009, de 26-1; 24/2009, de 26-1; 80/2013; 120/2013; 157/2013 ó 184/2013). La Sala II (entre otras muchas, SSTS números 781/2011, de 29-12; 136/2014, de 17-6; 39/2013, de 31-1; 309/2014, de 15-4, todas ellas, con abundantes citas de sentencias de la propia Sala II así como del TC y TEDH) y el TEDH³¹ mantienen igualmente la expuesta doctrina.

³¹ Citadas por la STS nº 70/2014, de 3-2, “la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, tras recordar varios precedentes (sentencias Bazo González, de 16 de diciembre de 2008; el asunto Igual Coll contra España, de 10 de marzo de 2009; Marcos Barrios contra España, de 21 de septiembre de 2010; y el ya citado García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010) proclama la indispensabilidad de una audiencia pública con presencia del acusado siempre que en vía de recurso se hace una nueva valoración de los hechos probados para afirmar por primera vez la culpabilidad del acusado. Para

La razón nuclear tiene que ver con los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y que imponen, inexorablemente, que toda condena se fundamente en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta el pronunciamiento condenatorio en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por consiguiente, el Tribunal *ad quem* no puede modificar los hechos probados en contra del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de acusados o testigos en un debate público con contradicción. En un principio se admitió la revocación cuando se trataba de una nueva valoración basada en prueba documental (art. 849.2 LECrim. en casación); o cuando respetando los hechos se realiza una nueva deducción o inferencia (STC nº 60/2008, de 26 de mayo). Hoy han claudicado esas dos excepciones. En la actualidad, como expone con claridad la STS nº 70/2014, de 3-2, << puede afirmarse de forma tajante que no es posible en casación a través del art. 849.2º LECrim. transmutar una absolución (aún parcial) en una condena. Teniendo como telón de fondo esas coordenadas, el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 sentó como criterio la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. Ese acuerdo indirectamente supone privar de viabilidad al art. 849.2º cuando se blande para reclamar una condena *ex novo* o una agravación contra reo apoyándose en una valoración fáctica que se quiere contrarrestar con documentos. El panorama es sustancialmente similar cuando lo que se busca es modificar la valoración de un elemento interno (...). Hasta hace unos años ningún obstáculo existía para hacer valer en casación esa pretensión a través del art. 849.1º LECrim. Hoy esa vía está también cerrada salvo casos singulares en que en verdad lo que late detrás de la pretensión impugnatoria no es una modificación de la valoración sobre ese elemento de hecho sino un tema de subsunción jurídica (vid STC 205/2013, de 5 de diciembre)>>.

Como se ha visto al tratar el recurso de apelación, la reforma del art. 792.2 LECrim. por Ley 41/2015 ha plasmado el indicado criterio. Y, puesto en relación todo lo expuesto con el supuesto del recurso de casación que prevé el art. 847.1.b) cabe sostener; en primer lugar, que esta disposición del art. 792.2 LECrim. refuerza la interpretación que se viene sosteniendo respecto del mencionado art. 847.1.b) en la medida que limita el examen del motivo basado en el art. 849.1º LECrim. al puro y estricto juicio de tipicidad con exclusión de las cuestiones fácticas que quedaron ventiladas, en postrera oportunidad impugnativa, en el recurso de apelación. Recuérdese que la casación no es una tercera instancia. Y, en segundo término, que será posible que la Sala II case una sentencia absolutoria dictada en apelación y dicte una sentencia condenatoria (o aprecie un subtipo agravado respecto de una sentencia condenatoria) cuando haya existido, exclusivamente, un auténtico *error iuris*, es decir, cuando los hechos declarados probados, sin ser alterados, sean subsumibles en el tipo (o subtipo) penal no aplicado. La STS nº 309/2014, de 15-4, recoge una doctrina que continuará vigente: << Recuerdan las recientes STS 400/2013, de 16 de mayo, STS 517/2013, de 17 de junio, STS 1014/2013, de 12 de diciembre y STS 122/2014, de 24 de febrero, con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013 y de las STS 333/2012, de 26 de abril, y 39/2013, de 31 de enero, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico >>.

el TEDH en el caso Almenara Álvarez la Audiencia no se limitaba a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica. Se pronunciaba sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad en el momento de vender algunos inmuebles como presupuesto de una condena por el delito de alzamiento de bienes. La apreciación de un elemento subjetivo alberga un componente fáctico”.

2.3.3. Admisión e inadmisión del recurso. El art. 888 LECrim. prevé que adopte la forma de auto la resolución que admita o deniegue el recurso de casación. Por su parte, el párrafo 1º del art. 889 exige unanimidad en el acuerdo que deniegue la admisión del recurso de casación.

La Ley 41/2015 ha añadido un segundo párrafo al art. 889, referido únicamente a los supuestos del art. 847.1.b): “*La inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) podrá acordarse por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional*”. Como se puede observar, la reforma respeta la exigencia de unanimidad del Tribunal *ad quem* para acordar la inadmisión del recurso, si bien, introduce una fórmula que, sin duda, agilizará esta fase de su tramitación: es facultad del Tribunal («*podrá*») que la inadmisión se acuerde por providencia sucintamente motivada. Para este momento procesal, matiza el último punto (E) del indicado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016: <<*La providencia de inadmisión es irrecurrible (art. 892 LECrim.)*>>.

El problema es que ante la previsión, nada exagerada, de que se preparen un elevado número de recursos, la Ley de reforma no ha incluido pautas ni trámites para que resulte célere y ágil la tramitación del recurso de casación cuando se utiliza el supuesto que contempla el art. 847.1.b) LECrim. Una de ellas pudiera haber estado referida a la exigencia de que la parte recurrente justifique el interés casacional en el escrito de preparación del recurso (cfr. arts. 855 y 856 LECrim.) y, otra, por ejemplo, al momento procesal en que la misma debiera llevarse a cabo. Todo ello se complica cuando se advierte que, en muchas ocasiones, el nombramiento de abogado de oficio, que defienda al enjuiciado en sede de recurso de casación y presente el escrito de interposición del mismo, tiene lugar después de presentado el escrito de preparación (véanse arts. 857 y 860 LECrim.).

Serán de nuevo las indicaciones *ad hoc* de la Sala II las que suplan esta laguna que en absoluto es baladí. Y, entre las muchas soluciones que pueden imaginarse, son dos las más factibles.

1ª) La primera, que posiblemente se imponga, coincidente con el Acuerdo de la Sala II de 22-7-2004 sobre el recurso de casación para unificación de doctrina en vigilancia penitenciaria³², se centra en que en el escrito de preparación del recurso se justifique el interés casacional, en cuyo caso, el Tribunal *a quo* tendrá por preparado aquél si la resolución es recurrible en casación y se ha justificado el mismo (continuando la tramitación ordinaria) debiendo, en caso contrario, denegar la preparación por auto motivado contra el que cabe recurso de queja (arts. 858 y 862 LECrim.).

Parece que la Sala II se inclina por esta forma de proceder como se comprueba en la lectura de sus Providencias de fechas 7-9-2016 (recurso de casación nº 10352/2016) y 22-9-2016 (recurso de casación nº 1396/2016): <<En este sentido, no consta en autos que en el escrito de preparación del recurso presentado ante la Audiencia Provincial, de conformidad con el artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la parte ahora recurrente indicara en qué medida la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo o resuelve cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (debiendo invocar cuál o cuáles son las sentencias anteriores de las que se derivan estos extremos), ni tampoco señala qué norma, que no lleve más de cinco años en vigor, es la aplicada al supuesto de autos y que deba ser interpretada por esta Sala. En consecuencia, el presente recurso también pudo haberse tenido como no preparado en la segunda instancia (artículo 858, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por este motivo, sin perjuicio del ulterior recurso de queja, en su caso>>.

En el mismo sentido se pronuncia la Fiscalía del Tribunal Supremo³³.

³² En similar sentido es de citar el Acuerdo de la Sala de Gobierno relativa a la casación ante la Sala 3ª; en concreto, su ap. III.3.2, referido al escrito de preparación del recurso con exigencia de hacer “singular referencia a la concurrencia de interés casacional objetivo y a la conveniencia de un pronunciamiento de esta Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo”.

³³ Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo han elaborado las pautas sobre la fase de preparación del recurso de casación por interés casacional del art. 847.1.b) LECrim. precisando que sea en el escrito de preparación, que deberá ampararse en el art. 849.1º LECrim., donde se especifique dicho interés casacional.

2ª) La segunda, que soslaya el apuntado escollo del nombramiento del abogado de oficio, pasa porque sea la Sala de Admisión, que específicamente se ha creado al efecto para el recurso de casación previsto en el art. 847.1.b)³⁴, la que, una vez formalizado el recurso de casación, reclame del recurrente, si éste lo hubiera omitido, la justificación del interés casacional de su esgrimido motivo por infracción de Ley del art. 849.1º LECrim. Existente aquélla en el escrito de interposición o atendido el requerimiento formal de la Sala de Admisión, pasará el recurso al Fiscal del Tribunal Supremo para que se pronuncie sobre su admisión.

Sin pretensiones exhaustivas, en relación con los aspectos que incluye el Preámbulo de la Ley 41/2015, ya vistos, el interés casacional es posible justificarlo: el de la letra a), reseñando las sentencias del Tribunal Supremo donde se plasma la doctrina jurisprudencial a la que se opone la sentencia que se recurre; en el caso de la letra b), identificando las sentencias de las audiencias provinciales donde se muestra el criterio contradictorio u opuesto reiteradamente aplicado; y, en el supuesto de la letra c), la indicación de la norma aplicada en la sentencia y de la fecha de su entrada en vigor. En cualquiera de las tres hipótesis, es necesaria una concreta explicación que ponga de manifiesto, precisamente, el interés casacional acotado.

Por lo demás, el art. 889, párrafo 2º, LECrim. alude a «*la carencia de interés casacional*» pero, hay que insistir, semejante expresión no constituye, en sí, una causa de inadmisión de la interposición del recurso. De hecho, tales causas, reguladas en los arts. 884 y 885 LECrim., no han sufrido añadido alguno. En mi opinión, “*la carencia de interés casacional*” aparece en la reforma como fórmula que puede utilizarse para determinar que no se está ante el supuesto que prevé el art. 847.1.b) LECrim., es decir, la infracción de Ley del ordinal 1º del art. 849. Por tanto, continúa vigente la posibilidad de aplicación del art. 884, singularmente, su ordinal 3º, por no respetar la declaración de hechos probados, o del art. 885 LECrim.

2.3.4. Decisión y efectos. El supuesto que prevé el art. 847.1.b) LECrim., caso de estimarse el recurso de casación, no tiene asignada especialidad alguna. En consecuencia, son aplicables tanto el art. 901 LECrim., que ordena a la Sala declarar haber lugar al recurso y casar y anular la sentencia, como el art. 902 LECrim. que expresamente establece que “*Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor*”.

2.3. Aplicación de la Ley 41/2015 (procedimientos incoados con anterioridad a su entrada en vigor)

Según la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015, apartado 1, “*Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor*”. La Sala II (entre otros, AATS 3 y 6-5-2016, -recaídos en los recursos nº 20186/2016 y 20124/2016-; dos de fecha 30-6-2016, -recaídos en recursos nº 483/2016 y 663/2016-; 7 y 14-7-2016 -recaídos en recursos nº 912/2016 y 777/2016-), con base en esta Disposición y en la fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2015 (que fue 6-12-2015, conforme a su Disposición Final 4ª), viene rechazando los recursos preparados por la vía del art. 847.1.b) ya que la modificación legal operada por la Ley 41/2015 no puede tener efectos retroactivos respecto de procedimientos incoados con anterioridad a su entrada en vigor, precisamente, al no estar previsto expresamente en su Disposición Transitoria, única posibilidad que posibilitaría que la Sala conociese sobre el fondo del recurso de casación interpuesto. Menciona, en su apoyo, la doctrina del Tribunal Constitucional que señala, por un lado, que el derecho a la tutela judicial efectiva no queda vulnerado cuando

³⁴ Acuerdo de 14 de julio de 2016 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (BOE 18-7-2016), por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que aprueba la modificación de las normas de composición y funcionamiento de la Sala Segunda y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en el año 2016, en lo referido al recurso de casación.

el recurso interpuesto es inadmitido por el órgano judicial competente en virtud de la concurrencia de algunas de las causas legalmente previstas al efecto (STC nº 88/1997, de 5-5) y, por otro, que el fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza (SSTC números 149/1995, de 16-10 y 374/1993, de 13-12). Téngase en cuenta, además, el texto del art. 2 LEC (aplicable con carácter supletorio, por prescripción del art. 4 de la misma ley): *“Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas”* (véase STS nº 1336/2011, de 12-12), recordando los citados AATS que las leyes procesales no son leyes penales, por lo que no es posible el efecto retroactivo de las mismas, sino que únicamente son aplicables a los procedimientos en vigor con arreglo a sus establecidas circunstancias.

La regulación de las medidas de investigación tecnológica. Análisis de los aspectos referentes a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados

Autor: José Javier Huete Nogueras
Fiscal de Sala Coordinador de Menores

1. Introducción

Ha sido notoria la desidia del legislador a la hora de dar respuesta a las nuevas formas de delincuencia ligadas al uso de tecnologías de nuevo cuño. Originariamente, el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRM)¹, sólo tomaba en consideración en su art. 579, las comunicaciones postales y telegráficas, únicas formas de comunicación conocidas en el momento de su redacción. Pese a la evolución técnica y la incorporación de nuevas formas de comunicación de uso generalizado entre la población, no es sino hasta 1988 que, a través de la Ley 4/1988, de 25 mayo, de *Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se incorpora, por primera vez en el texto procesal, la referencia a las comunicaciones telefónicas, facultándose al juez de instrucción para que pudiera acordar *"... en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa"* (artículo 579. 2), añadiéndose a continuación *"de igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos"* (artículo 579.3).

Una regulación tan limitada como la expuesta, necesariamente estaba abocada a sufrir una modificación radical, porque, como señalan Marchena Gómez y González Cuéllar² *"... no era, por tanto, un problema sólo de insuficiencia del marco jurídico llamado a la regulación de las comunicaciones telefónicas. El verdadero problema radicaba en que esa carencia normativa servirá, a su vez, de deficiente inspiración para abordar la interceptación de otras formas de lenguaje telemático entre particulares. Nuestro sistema se instalaba así en el sinsentido de que un único precepto manifiestamente escaso para ofrecer soluciones a la comunicación telefónica, tenía que inspirar criterios jurisprudenciales que ofrecieran respuesta a fenómenos tecnológicos absolutamente inéditos hasta entonces"*.

Esta insuficiencia normativa ha dado lugar a diversas resoluciones del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que reiteradamente han puesto de manifiesto durante los últimos años, la necesidad de una norma precisa que regulase la materia, máxime cuando ya la Constitución en su artículo 18. 3, de forma concreta, ha garantizado el secreto de las comunicaciones en todo caso, al margen del formato en que se produjesen las mismas, enfatizando de forma específica esa garantía *"... en especial, de las postales, telegráficas telefónicas, salvo resolución judicial"*.

Frente a la desidia legislativa, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (TS), ha tenido que esforzarse en la fijación de criterios jurisprudenciales que permitieran

¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Ministerio de Gracia y Justicia. B.O.E. núm. 260/1882. Última modificación operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, B.O.E. núm. 239, de 6 de octubre de 2015, págs. 90220 a 90239, y por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, B.O.E. núm. 239, de 6 de octubre de 2015, págs. 90192 a 90219

² Marchena Gómez, Manuel y González Cuéllar serrano, Nicolás, la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015, castillo de luna ediciones jurídicas, Madrid 2016 página 176

dar respuesta a esa exigencia de certeza y previsibilidad de la ley, de la que adolecía el art. 579 LECRM.

En tal sentido, la STC 184/2003 del 23 octubre³, resulta de ineludible cita, en cuanto que viene a asumir la línea jurisprudencial que el TEDH había venido exigiendo con referencia a la necesidad de una previa previsión legal de toda injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, en su Fundamento Jurídico 4, destaca *“El Tribunal de Derechos Humanos, en su reciente Sentencia de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo c. España, ha vuelto a declarar la vulneración del art. 8 CEDH porque el actual art. 579 LECrim no cumple con las exigencias requeridas por dicho precepto relativas a la previsión legal de la injerencia. En efecto, después de constatar los avances habidos en el Ordenamiento español como consecuencia de la reforma del citado art. 579 LECrim por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “las garantías introducidas por la ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las Sentencias Kruslin c. Francia y Huvig c. Francia, para evitar los abusos...”*

Esta Sentencia continúa la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige la previsión legal de las medidas limitativas de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ...En lo que se refiere específicamente a las comunicaciones telefónicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la vulneración del art. 8 CEDH por ausencia de previsión legal de la injerencia consistente en la intervención de las comunicaciones telefónicas en las Sentencias de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 66 y ss., § 79; de 24 de abril de 1990, casos Kruslin c. Francia, § 34 y ss., y Huvig c. Francia, §34 y ss.; de 23 de noviembre 1993, caso A. c. Francia, §38 y s.; de 25 de marzo de 1998, caso Kopp c. Suiza, § 74 y s.; de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, §§ 50, 55 y ss.; de 4 de mayo de 2000, caso Rotaru c. Rumania, § 52 y ss.; 25 de septiembre de 2001, caso P. G. y J. H. c. Reino Unido, § 38. A ellas ha de añadirse las dos citadas Sentencias Valenzuela c. España y Prado Bugallo c. España”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha reiterado idéntico pronunciamiento (STC 26/2006, de 20 de enero)⁴.

También la jurisprudencia del TS, reiteradamente, ha puesto de manifiesto la necesidad de abordar una reforma del marco jurídico vigente en materia interceptación de las comunicaciones telefónicas, de las que son ejemplo las sentencias del TS núm. 487/2007 de 29 mayo⁵ y 363/2008, 23 junio⁶, en las que se resalta que *“Ni las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni las reiteradas admoniciones del Tribunal Constitucional llamando a poner término a esta singular forma de anomia, ni los esfuerzos de la Sala Segunda por integrar las insuficiencias del actual art. 579 LECRM, han logrado superar el actual estado de cosas”.*

³ STC 184/2003, de 23 de octubre. (B.O.E. núm. 272, de 13 de noviembre de 2003).

⁴ STC 26/2006/2006, de 30 de enero. (B.O.E. núm. 51, de 01 de marzo de 2006): 5. *En ocasiones anteriores ya hemos hecho notar, en consonancia con lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela c. España, § 59 y de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España, § 30), que el art. 579 LECrim (en su redacción anterior y en la vigente, dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo) “adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH” (STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5).*

⁵ STS 487/2007, de 29 de mayo, Fundamento de Derecho Primero. *La cuestión no es novedosa. Su invocación, pese a todo, permite reiterar una vez más el clamoroso ejemplo de mora legislatoris en que vienen incurriendo los poderes públicos encargados de promover los procesos legislativos. Ni las condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni las reiteradas admoniciones del Tribunal Constitucional llamando a poner término a esta singular forma de anomia, ni los esfuerzos de la Sala Segunda por integrar las insuficiencias del actual art. 579 de la LECrim, han sido suficientes para superar el actual estado de cosas. También la Fiscalía General del Estado, en las Memorias correspondientes a los últimos años, ha incluido entre sus propuestas de reforma legislativa, la solicitud de una regulación más detallada del incompleto art. 579 de la LECrim, insistiendo en la inaplazable necesidad de abordar una reforma del vigente marco jurídico en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas.*

Sea como fuere, en la medida en que las alegaciones de la representación legal de José Prados son esencialmente coincidentes con la línea argumental que sirvió de base al recurso de amparo núm. 4857/2001, resuelto mediante la STC 184/2003, 23 de octubre, resulta obligada su cita. La línea jurisprudencial entonces afirmada ha sido ya reiterada en otras resoluciones del Tribunal Constitucional, de las que el ATC 11/2007, 15 de enero y la STC 26/2006, 30 de enero, son elocuentes ejemplos.

⁶ STS núm. 363/2008, de 23 de junio, Fundamento de Derecho Segundo I.

La necesidad de abordar dicha reforma, ha sido reconocida finalmente siendo de destacar la pretensión de llevar a cabo una reforma integral del sistema mediante la elaboración de un nuevo Código Procesal Penal, que se concretó en la creación de una comisión de expertos para la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (Boletín Oficial del Estado, 13 de marzo de 2012)⁷.

Finalmente, el “*cambio radical del sistema de justicia penal*”⁸, que implicaba la propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal antes referida, ante la necesidad de concertar el máximo consenso posible, que no se había concitado en torno a la misma, ha dado lugar a que el legislador optase por ... *afrentar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal*, mediante la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LOM-LECRM)

En el preámbulo de la LOMLECRM, su apartado IV, va concretando las razones que han justificado la reforma⁹, (...) *Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable (...) Se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia. Toda medida deberá responder al principio de especialidad. Ello exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose pues las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con el concepto que informa la doctrina emanada del máximo intérprete de la Constitución, por todas la sentencia 253/2006, de 11 de septiembre. Las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados (...) La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. ... A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia.*

En la nueva regulación se confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal. (...) Frente a esta concepción, el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación

⁷ Resolución de 8 de marzo de 2012, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. B.O.E. Núm. 62, Martes 13 de marzo de 2012. Sec. III. Págs. 23374-23376.

⁸ Apartado I del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LOM-LECRM)

⁹ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. B.O.E. Núm. 239. Martes 6 de octubre de 2015. Sec. I. Págs. 90194-90197

telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas –en su propia y diferenciada instrumentalidad– a los principios generales que el texto proclama. (...) Con el fin de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del juez, se impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central. (...)

En la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados puede resultar de una importancia decisiva. La reforma acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, e impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados, siempre que se trate de datos vinculados a procesos de comunicación. Su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones. Se da un tratamiento jurídico individualizado al acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal, en consonancia con una jurisprudencia del Tribunal Supremo ya consolidada sobre esta materia. También se regula el supuesto de la cesión de datos desvinculados de los procesos de comunicación concernientes a la titularidad o identificación de un dispositivo electrónico, a los que podrá acceder el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones sin necesidad de autorización judicial.

La experiencia demuestra que, en la investigación de determinados delitos, la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Se trata de una materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal y cuyo alcance se aborda con sujeción a dos ideas clave. La primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida. Esta medida solo podrá acordarse para encuentros concretos que vaya a mantener el investigado, debiéndose identificar con precisión el lugar o dependencias sometidos a vigilancia. Por tanto, no caben autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas, y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida, como se desprende del artículo 588 quater c.

La reforma aborda también la regulación de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. La incidencia que en la intimidad de cualquier persona puede tener el conocimiento por los poderes públicos de su ubicación espacial, hace que la autorización para su práctica se atribuya al juez de instrucción. En el mismo capítulo se habilita la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial, en la medida en que no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del artículo 18 de nuestro texto constitucional.

La ley pretende acabar con otro vacío normativo. Se trata del registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos. Respecto del primero de ellos, la reforma descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información son algo más que simples piezas de convicción. De ahí la exigente regulación respecto del acceso a su contenido. 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, para lo que se han acotado con un listado numerus clausus los delitos que la pueden habilitar, y a que se limite la duración temporal, habiéndose optado por una duración de un mes prorrogable como máximo por iguales periodos de tiempo hasta los tres meses.

Finalmente y por lo que se refiere a las diligencias de investigación tecnológica, la reforma contempla como medida de aseguramiento la orden de conservación de datos, cuyo fin es garantizar la preservación de los datos e informaciones concretas de toda clase que se encuentren almacenados en un sistema informático hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión. De este modo su posterior aportación como medio de prueba o, en su caso, su análisis forense no se verá frustrado por la desaparición, alteración o deterioro de unos elementos inherentemente volátiles. Esta norma toma como referencia el artículo 16 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, ratificado por España el 20 de mayo de 2010, y se establece un plazo máximo de vigencia de la orden de noventa días prorrogable hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días. (...) se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

La LOMLECRM, ha llevado a cabo una modificación en profundidad en la materia, hasta el punto de haber dado lugar a una nueva ordenación de las diligencias de investigación criminal que aparecían anteriormente reguladas en el Título VIII del Libro II LECRM, bajo la rúbrica genérica *"de la entrada y registro lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica"*, y ha establecido un nuevo orden sistemático, que ha afectado, en primer lugar, a la rúbrica del título que pasa a denominarse *"De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución"*, que se desglosa en diez capítulos que abordan, la materia de la siguiente forma:

- Capítulo Primero, -arts. 545 a 572- *"De la entrada y registro en lugar cerrado"*, que mantiene la regulación vigente sin introducir modificación alguna;

- Capítulo Segundo, -arts. 573 a 578- *"Del registro de libros y papeles"*;

- Capítulo Tercero, -arts. 579 a 588- *"De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica"*, en el que al art. 579 se le da una nueva redacción, y se crea un nuevo art. 579 bis, manteniendo el resto de artículos su tenor literal anterior;

- Capítulo Cuarto, -artículos 588 bis a) a 588 bis k)-, de nueva creación, *"Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos"*;

- Capítulo Quinto, también de nueva creación -artículos 588 ter a) a 588 ter m), bajo la rúbrica *"La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas"*, se desglosa a su vez en tres secciones:

Sección Primera, -arts. 588 ter a) a 588 ter i)- *"Disposiciones generales"*; Sección Segunda -art. 588 ter j)- *"Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados"*; y

Sección Tercera -arts. 588 ter k) a 588 ter m)- *"Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad"*;

- Capítulo Sexto, también de nueva creación -arts. 588 quater a) a 588 quater e)-, *"Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos"*;

-Capítulo Séptimo, también de nueva creación, -arts. 588 quinquies a) a 588 quinquies c)- *"Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización"*;

- Capítulo Octavo, igualmente de nueva creación, -arts. 588 sexies a) a 588 sexies c)-, *"Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información"*;

- Capítulo Noveno, también de nueva creación, -arts. 588 septies a) a 588 septies c)-, *"Registros remotos sobre equipos informáticos"*, y

- Capítulo Décimo, también de nueva creación, -art. 588 octies- "*Medidas de aseguramiento*".

La modificación así operada abarca una multiplicidad de cuestiones que no permiten, por razón de espacio, su análisis en profundidad, por lo que me centraré en el análisis de alguno de los aspectos que se regulan en la Sección Tercera, del Capítulo Quinto que hace referencia al acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad.

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

El desarrollo tecnológico ha supuesto una profunda modificación de los medios y sistemas de comunicación, y esa nueva realidad es la que ha de ser tenida en cuenta cuando se pretende llevar a cabo la interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas.

La circunstancia, anómala, de que la regulación de la materia únicamente contemplase las comunicaciones telegráficas, postales y telefónicas, no solo ha implicado la carencia de cobertura legal relativa a la exigencia de previsión legal de las medidas limitativas de los derechos reconocidos por la Constitución, así como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, (*Sentencias del TEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 66 y ss., § 79; de 24 de abril de 1990, casos Kruslin c. Francia, § 34 y ss., y Huvig c. Francia, §34 y ss.; de 23 de noviembre 1993, caso A. c. Francia, §38 y s.; de 25 de marzo de 1998, caso Kopp c. Suiza, § 74 y s.; de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, §§ 50, 55 y ss.; de 4 de mayo de 2000, caso Rotaru c. Rumania, § 52 y ss.; 25 de septiembre de 2001, caso P. G. y J. H. c. Reino Unido, § 38; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela c. España, § 59 y de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España, § 30*), sino que, respecto a otro tipo de comunicaciones ya desarrolladas técnicamente y de amplia difusión social, cuales son las comunicaciones mediante redes telemáticas, ha dado lugar a una visión de las mismas ajena a la realidad y a su trascendencia, por cuanto su abordaje, en este punto, ha partido de su falta de sustantividad y su subordinación respecto de las comunicaciones telefónicas, posibilitando una menor consideración de la trascendencia de la interceptación de este otro tipo de comunicación frente a su referente –la comunicación telefónica–.

El hecho de que se consigne y se otorgue tratamiento específico y diferenciado en la ley procesal a las comunicaciones telemáticas por canal cerrado, es ya de por sí un notorio avance. No solo se sustantiva y nominaliza una forma de comunicación que es utilizada mayoritariamente por los ciudadanos, por más que se realice mediante unos terminales que posibilitan ambas formas de comunicación con el mismo equipo, sino que comporta, además, la oportunidad de superar definitivamente, comportamientos que, tanto desde los equipos investigadores, como desde las resoluciones judiciales, venían a estimar, en todo caso, el acceso a los datos aportados por las comunicaciones telemáticas como algo necesario en cuanto accesorio y asociado a la comunicación telefónica.

Esta realidad se ha hecho presente en el preámbulo de la LOMLECRM donde se indica que *Las dificultades asociadas a ese vacío se han visto multiplicadas en la práctica por una interpretación jurisprudencial de la legislación llamada a reglar la obligación de las operadoras de conservar los datos generados por las comunicaciones electrónicas, que ha degradado los muy extendidos instrumentos de comunicación telemática –por ejemplo, los mensajes de SMS o el correo electrónico– a la condición de aspectos accesorios, de obligado sacrificio siempre que se adopte una decisión jurisdiccional de intervención telefónica. Frente a esta concepción, el nuevo texto autoriza la intervención y registro de 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. Pero somete la interceptación de todas ellas –en su propia y diferenciada instrumentalidad– a los principios generales que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el*

que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional.

Considerar que respecto de las conversaciones telefónicas solamente es relevante la verbalización de lo expresado, de forma tal que solo tiene interés en tanto que se mantenga por ambos interlocutores la expresión oral que la integra, quiebra cuando se ha de operar respecto a nuevas situaciones que han surgido al generalizarse la utilización de formatos digitalizados, desde el momento en que durante la comunicación, son muy diversos los datos que se originan, no solo para hacerla técnicamente posible, sino también relativos a otros aspectos accesorios a la comunicación misma y que, en tanto son susceptibles de ser almacenados, posibilitan tanto por su propia entidad, como mediante su tratamiento conjunto e interrelacionado, desvelar aspectos que, sin afectar directamente al contenido de lo comunicado entre los interlocutores, sí que pueden desvelar otros elementos que afectan a la privacidad y que pueden ser muy relevantes para la investigación de un hecho delictivo.

En este sentido, la afectación de los derechos fundamentales concernidos, como lo es el derecho a la intimidad, precisan ser concebidos de manera distinta a como hasta ahora habían sido considerados, encorsetados por una concepción histórica que los vincula a la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones, como único extremo relevante con carácter originario.

No obstante, el flujo de datos que se originan de esta forma es de muy diverso tipo, y han de ser abordados desde distintas perspectivas, en razón del momento en que los mismos se originan y de su utilidad práctica.

Y es precisamente, estos aspectos los que van a determinar el ámbito propio en el que habrá de residenciarse la afectación de los derechos constitucionales de cobertura, en tanto en cuanto la afectación del derecho a la intimidad, del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la protección de datos, que son los que se van a ver involucrados, aunque tengan puntos de contacto comunes, a los efectos de su restricción, el régimen jurídico no tiene por qué ser necesariamente idéntico.

La relevancia de ese flujo de datos que se originan conjuntamente con la comunicación telefónica y telemática, tienen relevancia en la investigación criminal precisamente porque pueden ser susceptibles de ser almacenados y tratados, si bien, para ello es necesario que se lleve a cabo, de forma efectiva, su registro por las operadoras, punto en el que incide la imposición de una obligación legal para la mismas, de proceder a su registro y conservación.

La obligación legal de conservación de los datos de tráfico que se impone a los prestadores de servicio, tiene su origen en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo, relativa al tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que fue posteriormente ampliada y modificada por la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 marzo 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Esta obligación fue asumida por la Ley 25/2007, 28 octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones* que, expresamente, afirma que su promulgación pretendía la transposición de aquella Directiva, lo que se lleva a cabo en el art. 4, imponiéndose a los sujetos obligados¹⁰ el garantizar que los datos electrónicos serán conservados de conformidad con los principios que establece la ley.

¹⁰ Ley 25/2007, de 18 de octubre, conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Art. 2. *Sujetos obligados.* Son destinatarios de las obligaciones relativas a la conservación de datos impuestas en esta Ley los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

No es momento de analizar en profundidad las consecuencias de la declaración de nulidad de la Directiva 2006/24, como consecuencia de la sentencia dictada en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Gran Sala, de fecha 8 abril 2014¹¹, y las consecuencias que pueden extraerse de la nueva regulación en la materia, a consecuencia de la promulgación de la Ley 9/2014, de 9 mayo, de *Telecomunicaciones*¹², que aun siendo posterior al dictado de la sentencia del TJUE, sin embargo ha establecido una remisión en materia de retención de datos por las operadoras al tenor literal de la ley 25/2007, sin realizar ninguna matización o adaptación que incorpore las razones de la nulidad acordada en razón de lo expuesto en la fundamentación jurídica de la sentencia referida, ya que el artículo 42 de la Ley 9/2014 dispone que *"la conservación y cesión de los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación a los agentes facultados a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contempladas en el Código Penal o en las Leyes Penales Especiales, se rige por lo establecido en la Ley 25/2007, de 28 octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones"*, es decir que en estos aspectos las disposiciones vigentes son las de esta última.

A que datos se refiere la Ley 25/2007. Se concretan en el art. 3 cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 3. Datos objeto de conservación.

1. Los datos que deben conservarse por los operadores especificados en el artículo 2 de esta Ley, son los siguientes:

a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

i) Número de teléfono de llamada.

ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.

2.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

i) La identificación de usuario asignada.

ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.

iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.

b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas.

ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.

¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=150642&doclang=ES>: En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: La Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 marzo 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la directiva 2002/58/CE, es inválida.

¹² Ley 9/2014, del 9 mayo, de Telecomunicaciones. B.O.E. Núm. 114. Sábado 10 mayo 2014. Sec. I. Págs. 35.824 a 35.938

2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet:

i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet.

ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.

2.º Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet:

i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.

ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.

d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación.

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).

2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado.

e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino.

2.º Con respecto a la telefonía móvil:

i) Los números de teléfono de origen y destino.

ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada.

iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada.

iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada.

v) La IMEI de la parte que recibe la llamada.

vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio.

3.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números.

ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.

f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:

1.º La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.

2.º Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

2. Ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta Ley.

Son datos que se generan a consecuencia de la utilización de una red pública de comunicaciones, pero que no hacen referencia al contenido propio de la comunicación, de forma que el ámbito de afectación de los derechos fundamentales, no es el protegido por el art. 18. 3 CE, sino que se residencia en el ámbito del art. 18. 4 CE, en cuanto se trata de datos electrónicos susceptibles de tratamiento automatizado, que en los supuestos de investigación de hechos delictivos resultan, en muchas ocasiones, esenciales.

Son datos que, evidentemente, están ligados al proceso de comunicación, en cuanto se generan durante la utilización del servicio de comunicación telefónica y telemática, pero en el momento en el que se pretende su incorporación al proceso penal, son datos ya registrados y que se van a obtener de ese registro automatizado, razón por la que suelen considerarse como *estáticos*.

La disponibilidad de tales datos respecto de los agentes facultados¹³ sólo era posible mediando autorización judicial como consecuencia de la incidencia que en la materia tuvo la promulgación de la Ley 25/2007, que en su art. 1 dispone, al fijar cual es el objeto de la Ley: *1. Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.*

La referida ley, impone la obligación a los operadores de telecomunicaciones para que procedan a la retención de determinados datos generados por los mismos, y posibilita su entrega a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, exigiendo para la cesión de los mismos, con carácter general, la autorización judicial previa. La ley realiza un pronunciamiento rotundo y radical en su artículo sexto bajo la rúbrica de normas generales para la cesión de datos, en cuanto indica en su número 1, *Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.*

¹³ Ley 25/2007, de 18 de octubre, conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Artículo 6. Normas generales sobre cesión de datos.

1. Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.

2. La cesión de la información se efectuará mediante formato electrónico únicamente a los agentes facultados, y deberá limitarse a la información que resulte imprescindible para la consecución de los fines señalados en el artículo 1.

A estos efectos, tendrán la consideración de agentes facultados:

a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

b) Los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) El personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Esta radicalidad no se ha mantenido en la reforma operada por la LOMLECRM, tal como se aprecia de la lectura conjunta de los arts. 588 ter j) y 588 ter m) cual si quisiera establecerse un tratamiento diferenciado en razón a que se encuentren vinculados o no a un proceso de comunicación, toda vez que el art. 588 ter j) se refiere a los (...) *datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación*, respecto de los cuales se proclama que (...) *solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial*. 2. *Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.*, en tanto que el art. 588 ter m) se refiere a (...) *la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación*, respecto de los cuales, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial (...) *podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia*.

Resulta necesario analizar, por otra parte, a quienes se impone el deber de colaboración que se contempla en el art. 588 ter e), que se refiere expresamente 1. *Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones*.

2. *Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades*.

3. *Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia*.

Es patente que los datos electrónicos están amparados por un obligación de reserva que incumbe no solo a los prestadores de servicios, sino también a cualesquier personas que facilite la comunicación, expresión que abarca también a aquellos particulares que mediante el empleo de determinado tipo de software, pasan a convertirse en facilitador del tráfico generado por redes alternativas cuyo principal oferta es el anonimato, siendo una de las más conocidas la denominada Red TOR (The Onion Router).

Aunque sea limitadamente, merece la pena hacer referencia al modo de funcionamiento de este tipo de red. La idea de que parte es la de cambiar el modo de enrutado tradicional de Internet, para garantizar el anonimato y privacidad de los datos. En el enrutado tradicional que se usa para la conexión a servidores en Internet, el sistema es directo: del propio ordenador al router, de ahí a los enrutadores del ISP (proveedor de Internet) que se esté utilizando y después directo a los servidores del destino concreto al que se quiera conectar. Su sencillez implica su vulnerabilidad, ya que si se interceptan los paquetes de datos en un punto intermedio, se habrá desvelado el origen y el destino, aunque se cifren los datos de cada paquete (como ocurre si se visita una página HTTPS), porque las cabeceras del paquete no se cifran, y los campos del remitente y destinatario siguen siendo visibles.

Por el contrario, la Red TOR aporta algo más que enviar el paquete por un camino no directo, sino a través de varios nodos, ya que el mecanismo de funcionamiento, simplificando, puede

describirse del siguiente modo: para enviar el mensaje, el dispositivo de origen calcula la ruta de forma aleatoria hasta el dispositivo de destino, pasando por varios nodos intermedios, para lo cual obtiene de un directorio de nodos, las claves públicas de todos ellos. Seguidamente, el dispositivo de origen va a cifrar el mensaje por capas, de ahí la referencia -Onion (cebolla)-: se cifrará el mensaje con la clave pública del último nodo de la ruta, para que sólo él lo pueda descifrar, y junto al mensaje se incluyen, igualmente cifradas, las instrucciones para llegar al dispositivo de destino. El paquete integrado por el mensaje cifrado y las instrucciones para llegar al último nodo de la lista, se cifra de nuevo para que sólo lo pueda descifrar el penúltimo nodo de la ruta, quedando el paquete en el centro (como el corazón de la cebolla), protegido por varias capas (cifrados) para cada uno de los nodos, y se repite el proceso hasta acabar con todos los nodos de la ruta, momento en el que el paquete de datos está listo para su envío, para lo cual el dispositivo de origen conecta con el primer nodo de la ruta y le envía el paquete, que al recibirlo, lo descifra, y seguirá las instrucciones que ha descifrado para enviar el resto del paquete al nodo siguiente, que hará lo propio y volverá a enviarlo al siguiente, y así sucesivamente, de forma que los datos llegan al nodo de salida, que enviará el mensaje a su destino.

En todo este proceso, ninguno de los nodos, salvo el primero y el último, saben de dónde viene o a dónde va el mensaje. Ni siquiera saben qué posición ocupan en la ruta, y mucho menos conocen el contenido del mensaje, de forma que, aunque se intercepten las comunicaciones entre dos nodos, no es posible saber que datos transmite, de donde vienen o a donde van, todo lo cual aporta mucha más seguridad y privacidad que en el enrutado tradicional.

Cuando los arts. 588 ter e) y 588 ter j) LECRIM, imponen la obligación de colaboración para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones a todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están ampliando la previsión ya contenida en la Ley 25/2007 que se refería como sujetos obligados a las *operadoras que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, extensión que se refiere a toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual.

Atendiendo al tipo de Red Tor, hay que tener presente que la misma no es una red entre iguales (peer-to-peer), ya que, por un lado, están los usuarios de la red y, por otro, los encaminadores del tráfico, algunos de los cuales hacen una función de servicio de directorio. La red funciona a partir de un conjunto de organizaciones e individuos que donan su ancho de banda y poder de procesamiento, de forma que son éstos los que actúan como canalizadores de tráfico o de prestación de servicio de directorio, y quienes se encuentran incluidos en el ámbito de la impuesta obligación de colaboración. Tal circunstancia va a tener que entrar en consideración cuando se susciten casos en los que se hayan utilizado, por los agentes facultados, técnicas *ad hoc*, que levanten la anonimización ofertada por la red, precisamente para señalar que usuarios son los que cumplen esa función de encaminadores del tráfico y a quienes requerir la obligación legal de colaboración, entre otros, a los efectos de dar cumplimiento a las Medidas de aseguramiento que se contemplan en el art. 588 octies: *El Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes.*

Los datos se conservarán durante un periodo máximo de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.

El requerido vendrá obligado a prestar su colaboración y a guardar secreto del desarrollo de esta diligencia, quedando sujeto a la responsabilidad descrita en el apartado 3 del artículo 588 ter e.

Finalmente, hay que recordar que el art. 588 ter j) señala que los destinatarios de la obligación de facilitar los datos electrónicos a los agentes facultados incluye no sólo a los prestadores de servicio, sino que se extiende a personas o entidades que disponen de tales datos por razones de carácter comercial o de cualquier otra índole, de forma que si bien no están obligados por la obligación legal de conservación impuesta directamente por la legislación de telecomunicaciones.

2.1. Excepcionalidad del acceso por los agentes facultados a los datos electrónicos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad

El contenido de la Sección 3ª del Capítulo V, hace referencia a la obtención y acceso a datos electrónicos que son necesarios para la identificación de usuarios, terminales o dispositivos de conectividad y se abordan cada una de estas cuestiones de forma específica.

2.1.1. Identificación mediante número IP

Dispone el art. 588 ter k): *Identificación mediante número IP. “Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.*

La obtención de cualesquiera datos electrónicos de tráfico o asociados está sometida al régimen general de autorización judicial que se regula específicamente en la sección 1ª del Capítulo V, a través de las disposiciones generales, artículos 588 ter a) a 588 ter i).

El precepto analizado persigue excluir de ese modelo general el régimen jurídico de obtención de la dirección IP.

La dirección IP no es otra cosa que el acrónimo de la expresión inglesa -Internet Protocol-, que designa a un número que identifica de manera lógica y jerárquica a un dispositivo dentro de una red que utilice dicho protocolo. Es uno de los datos que con arreglo al art. 3 de la Ley 25/2007, los prestadores de servicio están obligados a conservar, y que en tanto en cuanto este dato puede permitir identificar un determinado dispositivo de conectividad, y a su través, a un usuario que este siendo investigado, su acceso al proceso estaría abarcado por la exigencia de la previa autorización judicial.

El precepto excluye obtención de la dirección IP, como dato electrónico, de la necesidad de contar con previa autorización judicial, sin que ello comporte negarle la condición de dato de carácter personal.

No puede dejar de hacerse notar que son posibles dos situaciones diversas. En la primera, es en el curso de una investigación donde, por resultar de interés respecto de una investigación y que están vinculados a un proceso de comunicación, los agentes facultados pueden precisar que el prestador de servicios ceda datos electrónicos, incluyendo entre los mismos la dirección IP, tratándose de datos que el prestador del servicio está sometiendo a tratamiento automatizado y que no sólo por sí mismos, sino también interrelacionados con otros, permiten el acceso a una información, que es la relevante para la investigación, y que se vincula al derecho a la protección de datos, por lo que, en este sentido, requiere inexcusablemente el sometimiento al régimen general de previa autorización judicial.

Por el contrario, en la segunda de las situaciones señaladas, cuando la policía judicial realiza funciones de prevención e investigación al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, del 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad¹⁴, y detecta una dirección IP desde la que se estén realizando actividades de relevancia penal, es decir, lo que se conoce como Ciberpatrullaje, la mera relación numérica en qué consiste la dirección IP, por sí misma, al margen de los datos que obran en poder del prestador de servicios, no puede permitir la identificación del sujeto investigado ni su localización, de forma que la excepción que contempla el precepto es la mera obtención de esa clave alfanumérica a través de medios técnicos que no precisen acudir a las bases de datos que conservan las operadoras; por ello, no es que se niegue a la clave IP su consideración de dato personal, porque no lo permite el concepto que perfila el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, sino que conservando su naturaleza, en cuanto la misma, aunque no identifica si puede servir para identificar, su obtención por la Policía Judicial se remite al régimen previsto en el artículo 22.2 de la misma¹⁵.

La actual regulación contenida en el artículo 588 ter j) viene a asumir la doctrina jurisprudencial y a dar carta de naturaleza a la exención ya establecida jurisprudencialmente, de forma que se excluye ese dato específico del contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones amparado por el artículo 18. 3 CE, residenciándolo en el derecho a la protección de datos bajo la cobertura del artículo 18. 4 CE.

La exención que se contempla en el vigente artículo 588 ter k) hace referencia a la obtención de esa dirección IP a través de sistemas técnicos que no requieran acceder a los datos que están en poder de los prestadores de servicios y por lo tanto incluidos en sus bases de datos automatizadas. Este es el criterio sobre el que se ha venido pronunciando la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que, en diversas ocasiones, ha destacado la exclusión de la exigencia de autorización judicial para la obtención de la dirección IP (SSTS 680/2010, de 14 julio, 739/2008, de 12 noviembre, 236/2008, del 9 mayo,). Precisa la STS núm. 842/2010, de 7 octubre que... *como se señala en el recurso, los agentes policiales rastrearon distintas IPs, cuya nominación determinaron, y posteriormente solicitaron autorización judicial, que le fue concedida, para acceder al identidad de los usuarios.*

La jurisprudencia de esta sala, entre otras las STS número 739/2008, de 12 noviembre y las que en ella se citan, y la STS número 680/2010, que cita la anterior, ha señalado que en esta materia se debe concluir, en primer lugar, que los rastreos que realizan en estos casos los agentes policiales tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los ips (Internet protocols) que habían accedido a los "hush" que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario. Y, en segundo lugar, que, de acuerdo con la legalidad citada la referida sentencias, se hace pre-

¹⁴ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. B.O.E. núm. 63, Viernes 14 de marzo de 1986. Págs. 9604 9616

¹⁵ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. B.O.E. núm. 298, de 14 de diciembre de 1999. Art. 22. Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad... 2. *La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.*

3. *La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales.*

4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absoluta, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad

ciso, sin embargo, acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la intimidad personal (hábeas data). Consecuentemente quien utiliza un programa P2P asume que muchos de los datos que el mismo incorpora a la red con su actividad se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y tales datos conocidos por la policía, datos públicos en Internet, no se hallaban protegidos por el artículo 18. 1 ni por el artículo 18. 3 CE (de la sentencia citada, que aquí se aplica igualmente), por lo que no era precisa la autorización judicial para obtener las identificaciones de las IPs involucradas en la descarga de archivos de contenido pedófilo.

2.1.2. Identificación de terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o sus componentes

El artículo 588 ter l) aborda dos aspectos que hasta el momento únicamente habían recibido tratamiento jurisprudencial.

Dispone el artículo 1. *Siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y éste resulta indispensable los efectos de la investigación, 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.*

2. *Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, los agentes de policía judicial podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 ter 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 venerando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis c).

Esta regulación legal asume el criterio jurisprudencial ya avanzado a partir de la STS núm. 249/2008, de 20 mayo y que hace referencia a la obtención del número IMSI mediante la utilización de dispositivos técnicos, en el caso de la sentencia referida a través de un *imsicatcher*. En esta sentencia se hace una descripción del significado del término y su funcionalidad, y se concluye, con rotundidad, que el IMSI es uno de los diferentes datos de tráfico generados por una comunicación electrónica, en el caso específico, de los de telefonía móvil, y que su configuración y su tratamiento automatizado por parte del proveedor de servicios resulta indispensable para hacer posible el proceso de comunicación.

La cuestión por lo tanto se centra en determinar si la captación del número IMSI precisa, en todo caso, autorización judicial y se concluye en la referida sentencia en el fundamento derecho IV apartado C), (...) *la sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la guardia civil haya implicado, sin más, como pretende el recurrente, una vulneración del derecho secreto de las comunicaciones. No es objeto del presente recurso discernir, entre todos los datos de tráfico generados en el transcurso de una comunicación telefónica, cuáles de aquéllos merecen la protección reforzada que se dispensa en el artículo 18. Tres de la constitución española. En principio, ese carácter habría de predicarse, actualizando la pauta interpretativa ofrecida por el TEDH, de los datos indicativos del origen y el destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último lo referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada. Y la información albergaba en la serie IMSI, desde luego, no participa de ninguna de esas características... D) es evidente, sin embargo, que la negación del carácter de datos integrable en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, no implica su irrelevancia constitucional. La información incorporada a la numeración IMSI es, sin*

duda, un dato, en los términos de la legislación llamada proteger la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática (artículo 18. Cuatro de la constitución). Y es que, más que esa clave alfa numérica, por sí sola, no revele sino una sucesión de números que ha de ser completada con otros datos en poder del operador de telefonía, su tratamiento automatizado haría posible un significativo nivel diferenciación la privacidad del interesado. Que la numeración IMSI encierra un dato de carácter personal es conclusión que se obtiene por la lectura del artículo tres a) de la ley orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de protección de datos de carácter personal, con arreglo al cual, dato personal es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Admitido que esa numeración IMSI es integrable en el concepto de dato personal, por cuanto que de su tratamiento automatizado y su interrelación con otros datos en poder del operador, puede llegar a obtenerse, entre otros datos, la identidad del comunicante, obligado resulta precisar el régimen jurídico de su cesión y sobre todo, el de su aprehensión mediante acceso.

G) (...) aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI ..., hemos de cuestionarnos si el acceso a ese dato no su cesión-puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin necesidad de autorización judicial previa.

La primera idea que sugiere la lectura de la Ley 25/2007 es que sus preceptos se centran en ofrecer un casuístico régimen jurídico de la conservación y cesión por las operadoras de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas -en nuestro caso, del IMSI-, pero no aborda la regulación de su recogida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no desde los ficheros automatizados que obran en poder de los prestadores de servicio, sino desde el propio teléfono celular. Cobra todo su significado el régimen jurídico del acceso a los ficheros contemplado por la LO 15/1999, 13 de diciembre, de protección de datos. Y es que frente al silencio de la nueva regulación, esta ley dispone que "la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad (art. 22.2). Además, "la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales" (art. 22.3).

Esa capacidad de recogida de datos que la LO 15/1999, 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectaran a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999).

Hecha la anterior precisión, está fuera de dudas que el IMSI, por sí solo, no es susceptible de ser incluido en alguna de esas dos categorías. Ni es un dato integrable en el concepto de comunicación, ni puede ser encuadrado entre los datos especialmente protegidos. Como ya se

razonó supra, ese número de identificación sólo expresa una serie alfanumérica incapaz de identificar, por su simple lectura, el número comercial del abonado u otros datos de interés para la identificación de la llamada. Para que la numeración IMSI brinde a los investigadores toda la información que alberga, es preciso que esa serie numérica se ponga en relación con otros datos que obran en poder del operador. Y es entonces cuando las garantías propias del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, del derecho a controlar la información que sobre cada uno de nosotros obra en poder de terceros, adquieren pleno significado. Los mismos agentes de Policía que hayan logrado la captación del IMSI en el marco de la investigación criminal, habrán de solicitar autorización judicial para que la operadora correspondiente ceda en su favor otros datos que, debidamente tratados, permitirán obtener información singularmente valiosa para la investigación. En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia.

Y esto fue sencillamente lo que ocurrió en el presente caso. Según puede leerse en el FJ 1º B, "... la concordancia de estas claves numéricas tras varias vigilancias sobre las mismas personas les permitió informar al Juzgado de los números IMSI utilizados por los sospechosos, solicitando autorización para recabar el número de teléfono comercial asociado y su observación (...). Para la obtención del número de teléfono a través de las compañías operadoras, en este caso, la Guardia Civil ya recabó la autorización judicial". Así se desprende, además, de la lectura de los folios 51 y ss, en los que se contiene la primera solicitud de la fuerza actuante y del folio 60, en el que se recoge el auto dictado por el Juez de instrucción, previo informe favorable del Ministerio Fiscal.

La doctrina contenida en la referida sentencia ha inspirado el precepto del artículo 588 ter l).

La numeración IMSI es un dato electrónico que resulta indispensable para que pueda llevarse a cabo la comunicación bidireccional, pero aunque técnicamente se detecte esa funcionalidad, sin embargo no es un acto que pueda ser integrado en el concepto de comunicación y, por tanto, puede incluirse entre los datos especialmente protegidos. Este número sólo expresa una serie a numérica que con sus sin que lectura no posibilita identificar el número comercial del abonado o cualquier otro dato de interés para identificar la llamada, pues requiere para que pueda desvelar la información que alberga, que esa serie a numérica se ponga en relación con otros datos que están en poder del operador, momento en el que se muestra con plena vigencia el derecho a la autodeterminación informativa, en tanto en cuanto tal cesión requiere, inexcusablemente, la previa autorización judicial.

Aunque estemos en presencia de un dato electrónico que permite, mediante su contraste con otros datos que son tratados por las operadoras, la identificación de quien a partir de ese momento deja de ser identificable, ello comporta que, para ello, haya de ajustarse necesariamente al régimen de protección que, derivado del art. 18. 4 CE, dispensa la LO 15/1999, de 13 diciembre, que posibilita la captación de ese dato por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando con ello se persiga la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo.

2.1.3. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad

El art. 588 Ter m), regula la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad y señala *Cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia.*

En este aspecto hay que partir de la existencia de un enunciado o principio general que se contiene en el art. 588 ter j), y es los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicio

o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, sólo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial, y, junto a él, la excepción que se contiene en el art. 588 ter m), por lo que resulta necesario determinar cuál es el ámbito propio de la excepción que se introduce en este precepto.

Dos son las finalidades que el precepto toma en consideración, siempre en el marco de una investigación por un hecho delictivo, y que no son otras que, bien conocer la titularidad de un número de teléfono u otro medio de comunicación, bien conocer cuál es el número de teléfono o cualquier otro medio de comunicación de un titular que ya está previamente identificada, sin que ninguno de ambos casos los datos de los que se parte puedan haber sido obtenidos a partir de un proceso de comunicación concreto ni hayan implicado algún tipo de injerencia en un proceso de comunicación.

No puede perderse de vista que el precepto no va a requerir autorización judicial previa y, esa exigencia, se ha contemplado siempre como una garantía, de la que ahora se va a prescindir, razón que justifica el análisis del de cuál sea el ámbito propio de esta exención.

Destaca, de la literalidad del precepto general contenido en el artículo 588 ter j) que respecto de los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios..., que los mismos se encuentren vinculados a procesos de comunicación, fundamento de la proclamación del principio general de exigencia, para su cesión, de la preceptiva y previa autorización judicial.

Manuel Marchena y Nicolás González Cuéllar¹⁶, indican que (...) *esta expresión -de la que el legislador no obtiene sus últimas consecuencias- daría pie a distinguir entre aquellos datos que pudiéramos considerar dinámicos y aquellos otros de los que sería predicable una naturaleza estática. A la primera categoría pertenecerían aquellos datos que son generados e interferidos durante el desarrollo de una comunicación bidireccional. En la segunda categoría -datos estáticos- se incluirían aquellos otros que, aún generados a partir de un proceso de comunicación, su interés para la investigación surge cuando esa comunicación ya ha concluido y el dato se ha incorporado una base que hace posible su tratamiento automatizado. También se integrarían este segundo bloque sistemático aquellos datos que están referidos a la identidad de los usuarios y a la identificación de los sistemas, como información indispensable para la prestación del servicio y, en definitiva, para la facturación. En ambos casos es distinta su significación constitucional y de ahí la posibilidad de un diferente tratamiento en los mecanismos de garantía.*

Esa distinta funcionalidad es la que posibilita la excepción haciendo específicamente referencia los autores citados a esa funcionalidad, como causa que justifica la inclusión de numerosos datos personales a través de la reglamentación que autoriza las guías telefónicas (artículo 30 del Real Decreto 424/2005, de 15 abril, *por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios*, así como los artículos 65 y 66 del mismo texto, referidos a otra función que prestan esos datos vinculada a su vigencia, en tanto en cuanto exista el vínculo contractual con la operadora, y referido a fines comerciales y de facturación. Esa distinta funcionalidad justifica su sujeción al régimen común de protección de datos tal y como aparece regulado la Ley 15/1999 de 13 diciembre.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 18. 3 CE) requerirá siempre la autorización judicial, en tanto que el derecho a la protección de datos (18. 4 CE) permitiría la exclusión de la previa autorización judicial, en atención a la existencia de un fin constitucionalmente legítimo que lo sustente.

¹⁶ Obra citada Pág. 327

Lo que resulta con claridad del sistema seguido por el legislador es que la excepción es de interpretación restrictiva, es decir, no cabe sobre la base de la existencia de esa excepción, ampliar la inexigencia de autorización judicial previa, respecto de otros datos que no sean la identidad nominal de los titulares de un teléfono o medio de comunicación o la identificación de terminales o dispositivos de conectividad.

También esta cuestión había sido objeto de análisis por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a través de la sentencia núm. 7/2014, de 22 enero, en referencia a la incorporación al proceso de un listado de llamadas efectuadas por uno de los investigados durante la interceptación de sus comunicaciones y donde la sala establece la diferenciación de los datos estáticos y dinámicos de la siguiente manera:

h) El mismo rechazo merece la crítica a la falta de motivación de las resoluciones que acordaron, además de la intervención telefónica, la incorporación a la causa de los listados de llamadas efectuadas por algunos de los imputados.

Los listados de llamadas generados durante la conversación intervenida tienen un significado distinto de aquel que puede predicarse de esos mismos listados cuando aparecen como dato previo a la investigación, en ausencia de toda medida de interceptación ya acordada. En el caso que nos ocupa, se trata de listados generados automáticamente como consecuencia de las características técnicas del sistema empleado por las fuerzas de seguridad del Estado para la práctica de las escuchas que, al basarse en un formato digitalizado, ofrece no sólo los números de los dos teléfonos en comunicación -entrante y saliente- sino el tiempo de duración de las llamadas. Se manifiesta así un listado de llamadas, también en formato digital, que queda grabado en el soporte original, información luego transmitida a los discos que son remitidos al Juzgado. Repárese en que esos listados son de generación automática y se evidencian desde el momento de la primera interceptación judicialmente acordada. Y no es el único dato que se ofrece. En efecto, el sistema añade una información relativa a la llamada que incluye el número IMSI -que permite la identificación relativa a la tarjeta SIM empleada- o el IMEI -que hace posible la identificación del aparato telefónico en el que se insertó la tarjeta SIM- (cfr. STS 593/2009, 8 de junio).

Es evidente que ese listado no puede estimarse desprovisto de protección constitucional. De hecho, en función de su consideración estática -listado de llamadas obrante en los archivos de las operadoras, expresivo de comunicaciones ya concluidas y que no estaban siendo objeto de intervención judicial-, o dinámica -listado de llamadas generado durante conversaciones que ya son objeto de una medida de injerencia-, su régimen jurídico es diverso y el grado de protección también lo es.

En el primero de los casos, se trata de listados generados o tratados por esas operadoras en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones de que se trate. A ellos se refiere el art. 3.1.a) y b) de la Ley 25/2007, 18 de octubre, sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. El acceso a tales listas está sometido a la necesaria autorización judicial por la misma ley (art. 6.1). El legislador español -frente a otros modelos comparados que han transpuesto la Directiva 2006/24/CE, 15 de marzo, excluyendo tal exigencia- ha impuesto la garantía jurisdiccional para la cesión de esos datos, por su implicación directa con la protección constitucional expresa que el art. 18.4 de la CE atribuye a los datos generados como consecuencia del tratamiento informatizado de los mismos. La necesidad de que esa autorización judicial sea motivada, expresiva de las razones que justifican el sacrificio del derecho a la protección de datos se deriva del propio significado constitucional que nuestro sistema atribuye a la función jurisdiccional en garantía de cualquier derecho.

Distinto es el caso de los datos contenidos en esos listados de llamadas que se van produciendo como consecuencia de conversaciones que se desarrollan en el marco de una comunicación bidireccional que ya ha sido objeto de interceptación judicial. El régimen jurídico también es

distinto. A él se refiere el art. 33.1, 5 y 6 de la Ley 32/2003, 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. En este supuesto se trata de datos cuya generación es coetánea al desarrollo de una llamada que ya está siendo objeto de fiscalización por la autoridad judicial y, por tanto, con plena incidencia en el derecho al secreto de las comunicaciones que, mientras se están desarrollando, incluye en su contenido material la identidad de los interlocutores.

Esos listados, por tanto, pueden tener una doble funcionalidad. Son indispensables para la prestación y facturación del servicio, pero también pueden serlo para una investigación criminal. En este último caso, ya afecten al derecho a la protección de datos, ya al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, su incorporación al proceso penal exige la cobertura de una autorización judicial motivada. La motivación llamada a justificar el acto de injerencia –en uno y otro caso- presenta matices singulares. Cuando lo que está en juego es la cesión de los datos almacenados, el Juez instructor habrá de exponer las razones que explican, desde el punto de vista de la investigación, el interés por esos datos. Cuando de lo que se trate sea de incorporar a la causa el contenido de unos listados que se van generando conforme se desarrollan las comunicaciones interceptadas, es indudable que las razones que sirven para justificar la injerencia y grabación serán las mismas que respalden la cesión de los listados progresivamente generados.

Cuestión distinta es que bajo la expresión “datos asociados” –utilizada por la Jueza de instrucción en las resoluciones habilitantes- se puedan albergar, sin motivación, otro tipo de datos – mensajes SMS, MMS, correo electrónico- cuya naturaleza y sustantividad sí haría aconsejable un esfuerzo de motivación añadido al que sirve para justificar la grabación de las conversaciones mantenidas a través del teléfono móvil. Pero nada de ello se alega en el motivo.

No ha existido, por tanto, la vulneración denunciada. Los autos dictados en el transcurso de la investigación incluían en su parte dispositiva la autorización judicial para la interceptación, grabación y escucha de las llamadas efectuadas desde los teléfonos móviles intervenidos, así como la cesión de los datos asociados, conforme posibilita el sistema SITEL, expresamente mencionado en los oficios policiales y en las resoluciones judiciales que dieron respuesta a aquéllos.

Pero conviene recordar que, antes de la promulgación de la Ley 25/2007, la Sala Segunda del Tribunal Supremo abordó un aspecto específico referido a esta misma cuestión, con motivo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal con fecha 1 de enero de 2009, que dio lugar al Recurso de Casación 121/2009, resuelto por sentencia núm. 247/2010, de fecha 18 marzo 2010.

En el caso analizado por dicha sentencia, la Audiencia Provincial había dictado sentencia condenatoria por el delito de posesión de pornografía infantil del que había sido acusado por el Ministerio Fiscal, a la vez que absolvía del delito de distribución o facilitación de la difusión de pornografía infantil, del que igualmente había sido acusado, y las razones por las que se efectuaba ese pronunciamiento absolutorio, se sustentaban en la doctrina de la propia Sala Segunda –con expresa referencia a las SSTS núm. 236/2008, de 9 mayo y núm. 292/2008, de 28 mayo-, afirmando la sala de instancia que (...) *hubiera sido precisa una resolución judicial, un auto motivado de un juzgado de instrucción que, ponderando, por un lado el derecho al secreto de las comunicaciones y, en todo caso, a la intimidad de las personas afectadas por la investigación y la proporcionalidad, necesidad e idoneidad de limitar tales derechos de aquellos, entre ellos el imputado, el investigación de un delito grave como es la pornografía infantil, acordara que la empresa proveedora de servicios de Internet cediera o proporcionará los datos de que disponía que permitieran identificar a la persona que tenía asignada esas direcciones de IP.*

En el caso concreto, había sido el Ministerio Fiscal quien había efectuado requerimiento al prestador de servicios.

Las sentencias citadas condensaban los criterios a tener en cuenta en orden a la actuación policial, de acuerdo con la legalidad procesal y constitucional, indicando que *“queda en pie la duda, de si para solicitar el número telefónico o identidad de un titular de un terminal telefónico*

o un IP, es necesario acudir a la autorización judicial, sino han sido positivas las actuaciones policiales legítimas integradas o injerencias leves y proporcionadas, que puede respaldar la ley de cuerpos y fuerzas de seguridad del estado o ley de seguridad ciudadana, en la misión de los agentes de descubrir delitos y perseguir a los delincuentes.

A nuestro juicio, sin pretensiones y mucho menos de sentar doctrina obiter dicta, los datos identificativo de un titular o de un terminal deberían ser encuadrados, no dentro del derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18. 3CE) sino en el marco del derecho intimidad personal (artículo 18. Uno CE) con la salvaguarda que puedan dispensar la ley de protección de datos de carácter personal, ley orgánica 15/1999, de 13 diciembre o su reglamento, real decreto 170/2007 de 21 diciembre, que entró en vigor el 31 marzo 2008, sin desprestigiar la ley 32/2003, de 3 noviembre General de telecomunicaciones y su reglamento, real decreto 424/2005 de 15 abril, en los que parece desprenderse que del titular de los datos reservados contenidos en archivos informáticos no pueden facilitarse, salvo los casos especiales que autorizan sus propias normas, entre las que se halla la autorización judicial, que lógicamente estaría justificada en un proceso de investigación penal”.

Específicamente resolvió la sala segunda que “acudiendo al tenor a las normas en vigor que garantizan la reserva de las claves encubridoras de la identidad de usuarios de la red (IP), se hace preciso de nuevo recordar la doctrina del tribunal de derechos humanos europeo (caso Malone), contenido la sentencia de 2 agosto 1982, que bien establecer que la protección del derecho secreto de las comunicaciones alcanza “a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación, mientras él mismo está teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar la existencia misma de la comunicación, el contenido lo comunicado o los datos o elementos externos del proceso de comunicación”. La correcta interpretación de esta doctrina nos debe llevar a la distinción de cuando unos datos personales pueden afectar al secreto de las comunicaciones y cuando conservados y tratados por las operadoras, no se está refiriendo a comunicación alguna, es decir, datos estéticamente almacenados, conservados y tratados por operadores que se hallan obligados a la reserva frente a terceros. Distinguimos pues dos conceptos: aparte a) datos personales externos o de tráfico que hacen referencia una comunicación concreta y contribuyen a desvelar todo o parte del secreto que proteger artículo 18. Tres CE; b) datos o circunstancias personales referentes al intimidad de una persona (artículo 18. Uno CE), pero autónomos o desconectados de cualquier comunicación, que caerán dentro del derecho a la protección de datos informáticos o hábeas data del artículo 18. Cuatro CE, que no pueden comprometer un proceso de comunicación. Desde esta perspectiva dicotómica, la absoluta equiparación de todo tipo de datos de tráfico o externos o la inclusión de todos ellos dentro del derecho secreto de las comunicaciones comportaría un auténtico desenfoco del problema, pues incorporaría en el ámbito de la protección constitucional del artículo 18. Tres, circunstancias cuyo tratamiento jurídico no debería separarse del que se dispensa la protección de datos o al derecho a la autodeterminación informática del artículo 18. Cuatro CE (véase por todas la STS número 249 de 20 mayo 2008).

Continuaba dicha sentencia en su fundamento derecho tercero. 4, Tal proceder del M^o Fiscal no afecta al secreto de las comunicaciones sino que se desenvuelve en el marco del derecho a la intimidad, más concretamente dada la escasa intensidad en que es efectuada, la cuestión se proyectaría sobre la obligación que establece la Ley Orgánica de Protección de Datos de no publicar los datos personales de los usuarios que un servidor de Internet posee, los cuales no pueden cederse sin el consentimiento del titular, pero la ley establece diversas excepciones.

Así el art. 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre nos dice que el consentimiento del interesado a que se refiere el párrafo anterior no será necesario.... d) “Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas”.

Por su parte la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuyo articulado se remite al art. 12 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Infor-

mación y de Comercio Electrónico (ahora derogada por la Ley 25/2007) se establece el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas en cuyo n° 3 nos dice que los "datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguarda de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndola a disposición de los jueces o tribunales o del Ministerio Fiscal que así lo requieran".

Finalmente la propia Agencia de Protección de Datos, órgano público de carácter autónomo que conforme al art. 37.1. a) de la L.O. 15/1999, tiene por misión "velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos, ha dicho en sus informes 135/2003 y 297/2005 que en los supuestos a que se refiere el art. 11.2 la cesión de datos personales no está sujeta a reserva jurisdiccional".

Por todo ello entendemos que el Fiscal tiene facultades de investigación paralelas a las del juez de instrucción en el Procedimiento Abreviado (art. 773-2 L.E.Cr.) y salvo los actos injerenciales en los derechos fundamentales y la adopción de medidas cautelares posee las mismas atribuciones y responsabilidades que un juez. Si el juez instructor no hubiera estimado pertinente la adopción de la medida de entrada y registro los datos se archivarían, sin haber salido del ámbito de disponibilidad y reserva de la autoridad encargada de la investigación criminal (bien se trate del Fiscal o del Juez).

Pero es que la decisión de invadir el domicilio particular de una persona no provenía de haber desvelado su identidad, ya que ello era absolutamente secundario o anodino; el juez acordó la entrada y registro valorando la necesidad, utilidad y proporcionalidad de la medida de acuerdo con los datos aportados por la policía indiciarios de la comisión de un delito grave, y la medida interesada, fuera quien fuera el titular del terminal, solo tenía por objeto el desvelamiento del nombre de la persona física o jurídica que contrató con el operador de Internet y le asignó un I.P. encriptado en una clave alfanumérica.

Ahora bien, en la propia sentencia en su fundamento derecho tercero se abordó la afectación que este régimen sufría con la promulgación de la Ley 25/2007 indicando que (...) la ley últimamente citada que se dicta en desarrollo de la directiva de la Unión Europea 2006-24-CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 marzo del mismo año tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, entendiéndose por tales agentes los pertenecientes a los cuerpos policiales, al centro nacional de inteligencia y a la dirección de vigilancia aduanera. Esta ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa y entre los datos que deben conservar figura el que es objeto del proceso que nos ocupa (los datos que deben ser custodiados por los operadores de telecomunicaciones están ampliamente descritos en su artículo tres).

La radicalidad o rotundidad de la Ley 25/2007, en su artículo sexto, en relación al tercero provocó ciertas dudas entre los magistrados que tenían que dictar sentencia en esta instancia, especialmente sobre su posible proyección al caso de autos, consecuencia de lo que se estimó oportuno llevar a pleno no jurisdiccional de esta sala, la reserva atribuida la autorización judicial para la obtención de datos, con su amplia enumeración del artículo tres, con exclusión del Ministerio Fiscal.

1. El contraste de pareceres o puntos de vista jurídicos permitió al pleno establecer ciertas conclusiones, que a fin de cuentas no afectaron a la cuestión de fondo suscitada en el recurso del fiscal. La ley 25 2007, tiene muy en cuenta el campo aplicativo de la ley orgánica número 15 de 1999 de protección de datos de carácter personal y le reconoce su mayor rango, aunque en el ámbito de vigencia de la ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, se erigía como preferente esta ley, por la materia específica la que se refería, esto es, a las comunicaciones, su contenido y todos los datos externos o de tráfico que de modo exhaustivo enumera la ley.

Prueba del respeto que muestra la ley 25/2007 las previsiones normativas de la ley de protección de datos, es que la menciona en multitud de ocasiones, incluida la exposición de motivos. A título de ejemplo el artículo ocho la cita hasta cuatro veces, estableciendo, entre otras cosas, que "las obligaciones relativas a las medidas para garantizar la calidad de los datos y la confidencialidad y seguridad en el tratamiento de los mismos serán las establecidas en la ley orgánica 15/1999 de 13 diciembre y su normativa de desarrollo". Y a continuación declara el mismo artículo ocho que "el nivel de protección de los datos almacenados se determinará de conformidad con lo previsto en la ley orgánica 15.999 de 13 diciembre y en su normativa de desarrollo".

La sala general no jurisdiccional aprobó el 23 febrero 2010 el siguiente acuerdo: "es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación se den los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el ministerio fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el artículo tres de la ley 25/2007 de 18 octubre".

El art. 588 ter m), incide con claridad en supuestos como el examinado en la indicada sentencia y que determinaron la adopción de un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, que por vía interpretativa, admitía la regulación contenida en la Ley 25/2007, pese a su rango legal, como susceptible de modular las previsiones contenidas en el art. 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre que hace expresa indicación a que consentimiento del interesado no será necesario.... d) *Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas.*

En la actualidad es una norma específica la que, recogiendo aquellas consideraciones que habían justificado la posibilidad de acudir directamente a recabar tales datos a las operadoras la que sustenta esa posibilidad, con los límites objetivos que se han señalado en el precepto.

El proceso por aceptación de decreto en la LECrim

Autor: Pablo Varela Castejón.
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Pontevedra.

Entre las novedades introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por las reformas aprobadas a lo largo del año 2015, se cuenta la introducción de una nueva modalidad procesal, el proceso por aceptación de decreto. Se trata en este artículo de apuntar algunas referencias que sirven para explicar cómo llega el legislador a idear la introducción del nuevo proceso por aceptación de decreto en nuestra ley procesal penal. Se busca un repaso, lo más ágil posible, de algunos hitos del camino que nos ha llevado hasta la actual reforma de la LECrim, en este muy concreto aspecto de la regulación contenida en los artículos 803 bis a al 803 bis j de la ley. De lo alambicado de la estructura de la ley resultante, tras todas las reformas sufridas, da ya buena cuenta la estrambótica numeración que se ha visto obligado a emplear el legislador. Y, seguidamente, se trata de apuntar algunos problemas prácticos que en la aplicación real del procedimiento se plantearán, o más bien se plantearían caso de que se aplicara de verdad - que está por ver- considerando la regulación contenida en la norma finalmente aprobada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

1. Seis aproximaciones normativas

1.1. De la necesidad de la reforma del proceso penal

El legislador explicó así una de las finalidades de la reforma, “sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cuál más importantes: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto (...); y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad”.

Y la Fiscalía General del Estado (FGE) expuso que “es preciso llamar la atención de los Sres. Fiscales, pues implica un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el art. 781 de procurar la simplificación del procedimiento, deberá promover esas soluciones, facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como «bagatelas». La mayor presencia del Fiscal en el proceso y en especial durante la guardia de los juzgados, que permitirá un contacto más inmediato con el acusado y su Letrado es terreno propicio para promover tales soluciones consensuadas. Ese contacto será aún mayor en los casos en que el Fiscal inicie una investigación preprocesal, que bien puede derivar hacia una conformidad futura del imputado. (...) El acuerdo de apertura deberá adoptar la forma de «Decreto», que es la modalidad usual para reflejar las decisiones internas del Fiscal. Igual forma adoptarán los sucesivos acuerdos de ordenación y práctica de diligencias tomados en el curso de la investigación”.

Estos, que bien podrían parecer actuales, eran los postulados del legislador y de la FGE en relación con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.). Pero se trata de lo que exponía el legislador ya en la Exposición de Motivos al promulgar la LECrim., en 1882, así como de la doctrina que impulsaba la FGE en la Circular 1/1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

Lo que se pone de relieve es que, hace ya ciento treinta y cuatro años, el legislador impulsaba su reforma con el mismo ánimo que inspira las actuales, con lo que es de ver que las intermedias tampoco lograron alcanzar o consolidar sus objetivos. Y también que, hace ya veintisiete años, la FGE trataba de impulsar, con una limitación de medios que hoy sigue sufriendo la Fiscalía, las reformas legales que puedan servir de cauce para cumplir las funciones encomendadas por el artículo 124 de la CE. El legislador sigue preocupado en encontrar fórmulas para dar velocidad al proceso, la Fiscalía también por poder impulsarlo en la medida en que es preciso para la satisfacción del interés social.

La doctrina se ha ocupado de estudiar y comparar las diferentes iniciativas reformadoras para dotar al proceso penal de la debida agilidad, a través de distintos instrumentos que permitan aunar la necesaria flexibilidad y capacidad de adaptación del sistema a la naturaleza más o menos compleja de las infracciones penales a resolver, con el ineludible respeto a las garantías procesales del proceso debido. Entre tales iniciativas ha de situarse el proceso por aceptación de decreto.

Se ha explicado cómo la proliferación de determinadas tipologías delictivas, especialmente a partir del periodo siguiente a la segunda guerra mundial, no por su complejidad delictiva sino por el salto cuantitativo de carga de trabajo para los tribunales, determinó la necesidad de plantear soluciones para evitar el colapso del sistema judicial.

Un sistema procesal penal asentado en una aplicación formal de cada una de las fases del procedimiento, no podía atender las necesidades de la administración de justicia para resolver un muy creciente número de asuntos. No se lograba la pronta respuesta al infractor por su responsabilidad en el hecho delictivo, sin por ello poder garantizar la prevención general de respeto a la norma ni la eficacia particular de la pena, y tampoco se lograba dar adecuada solución, no ya a la protección de cada víctima de un delito en particular, sino a la necesidad social de eficiencia del sistema.

La extensión de los márgenes de actuación del derecho penal, malentendido como prioritario cauce de solución de los conflictos sociales, unido a la ineficacia instrumental del sistema procesal, se traduce, según se explica, en una pérdida de confianza en la administración de justicia. Se buscan así alternativas a su funcionamiento, bien sea eliminando la respuesta penal a determinadas conductas, o bien buscando alternativas al proceso penal, como la mediación u otras soluciones de conciliación, o bien tratando de buscar fórmulas procedimentales que permitan mayor agilidad del proceso penal.

Sin embargo, pretendida como una de las soluciones buscadas a esta situación, la despenalización de determinadas conductas acompañada de su sanción como infracciones administrativas ha resultado tener efectos perversos. De hecho y en referencia particular al caso de España, aún en la actualidad podemos comprobarlo con los efectos de la derogación del libro tercero del Código Penal; por la pérdida de eficacia de la tutela judicial en el castigo, fuera de un proceso jurisdiccional, de infracciones ahora administrativas de las que se derivan multas económicas en cuantías muy por encima de las penas leves antes asociadas a las mismas conductas como infracciones penales leves.

1.2. De las diversas soluciones para la reforma procesal: desde la despenalización de determinadas conductas hasta los juicios rápidos, pasando por el reforzamiento del principio de oportunidad y las conformidades

Como expone la profesora ARMENTA DEU¹, las soluciones que no implican el abandono del proceso penal por la destipificación de determinadas acciones de menor significación antisocial, pasan por la reestructuración del proceso en alguna de sus fases de instrucción, intermedia, o incluso del juicio oral. Así se explican soluciones de reducir o eliminar la fase de instrucción,

¹ Armenta Deu, Teresa, Estudios de Justicia Penal, Marcial Pons, Madrid 2014, página 32.

bien por el reconocimiento de los hechos investigados, bien por la flagrancia de los mismos, o bien porque su escasa entidad permita superar la fase de investigación, que es el caso de infracciones más leves.

Y también soluciones determinadas por una flexibilización de la vigencia del principio de legalidad, con aplicación del principio de oportunidad -más allá de la opción legislativa de punición o no de determinadas conductas-, dejando un margen de discrecionalidad reglada en la aplicación de la respuesta penal en casos concretos.

Sin que esta sea ocasión para desarrollarlo, ha de recordarse lo subrayado por DIEZ-PICAZO², esto es, que el modo en que en un ordenamiento se regula el ejercicio de la acción penal no debe ser considerado como una mera cuestión técnica, *“antes al contrario, se trata de un óptimo indicador de la cultura jurídica y de la organización política de cada país. El diseño del mecanismo a través del cual se pone en marcha el ius puniendi del Estado encierra, pues, un problema constitucional en el sentido más profundo del término”*.

El mismo autor detalla las diferencias entre la discrecionalidad como “discrecionalidad política o de oportunidad” y la “discrecionalidad técnica o interpretativa”. Actuar en función de determinados objetivos de política criminal implica tomar decisiones de conveniencia en el ejercicio de la acción penal, que deben estar sometidas a un principio de responsabilidad. Otra es la consideración del ejercicio de la acción penal como operación de aplicación de la norma al caso concreto, que implica decisiones de evidente trascendencia, aunque diferente significado, decidiendo en un supuesto determinado si se está en condiciones de ejercitar una acción penal y el modo más adecuado de hacerlo.

ARMENTA DEU puntualiza que el sentido procesal del principio de oportunidad no es unívoco y quizás esta circunstancia explique determinados equívocos. Explica que *“en un sentido estricto se refiere a los modelos en que, como en Norteamérica, el ejercicio de la acción penal se confía a la discrecionalidad del prosecutor, que resulta casi ilimitada. La oportunidad es la regla por no regir el principio de legalidad. Cuestión distinta son los (supuestos) que conocemos como “oportunidad reglada”, en los que tras el reconocimiento formal del principio de legalidad se introducen atenuaciones más o menos amplias, que en puridad deberían referirse al ejercicio de la acción, pero que se extienden a la negociación conducente a la conformidad”*³.

En nuestra legislación penal contamos, de un lado, con que el artículo 105 de la LECrim. subraya que la obligación de ejercicio de la acción por el Fiscal, ya al margen de los supuestos reservados para su inicio sólo a instancias de querrela privada, se establece *“con arreglo a las disposiciones de la Ley”*. Es decir, cabe modular la obligatoriedad de su ejercicio.

Y también con ejemplos como el determinado por el artículo 171.3 del Código Penal, que establece que el Fiscal podrá, para facilitar el castigo de un supuesto de chantaje, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la advertencia de revelar o denunciar la comisión de algún delito, si es que el delito cuya revelación se hubiere amenazado no estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años.

Por otra parte, el legislador ha introducido acompañando la reforma del Código Penal de 2015, que crea la categoría de los delitos leves, una regulación procesal novedosa en el artículo 963 de la LECrim, reconociendo un margen de actuación del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento antes no conocido con tal generalidad, salvo en la jurisdicción de menores. El legislador reconocía al justificar su reforma del juicio por delitos leves, que existen habitualmente conductas que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público. Afirmaba el legislador seguir una orientación que

² Díez-Picazo, Luis María, El poder de acusar, Ariel Derecho, Madrid, 2000, página 32.

³ Cit. Página 114.

es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorando la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos⁴.

Otra de las soluciones agilizadoras del proceso es la admisión de los hechos o la conformidad alcanzada por la defensa con la acusación, que permite recortar o salvar la tramitación de la fase intermedia del procedimiento o incluso el mismo juicio oral, suponiendo por ello un instrumento también de alteración del esquema de tramitación ordinaria del proceso penal.

En este sentido, expone el profesor BERND SCHÜNEMAN⁵ que, ante una criminalidad masiva, el ideal de llevar a cabo una prueba amplia y concentrada en un juicio oral y público como base única del pronunciamiento de la sentencia, se puede alcanzar respecto de cada uno de los delitos en particular, pero no así respecto de la enorme cantidad total de los delitos en la práctica de los tribunales.

Y el mismo profesor explica que las exigencias de la fase de juicio oral tradicional han reforzado y ampliado inevitablemente la significación y función de la fase de instrucción, situando a las conformidades o acuerdos procesales como un punto crucial de la pérdida de función de la fase de juicio oral y de colocación de la de instrucción en un primer plano.

Pero al margen del desarrollo de la denominada justicia negociada -sea interpretada como la adopción de postulados propios del sistema adversativo americano, sea como desarrollo de la posibilidad de confesión prevista originariamente en nuestra propia ley procesal-, sobre cuya regulación y aplicación después podremos tratar, se han abierto paso otras propuestas para aceleración del procedimiento, precedentes de la nueva regulación del proceso por aceptación de decreto⁶.

Y es que a la instauración de los denominados juicios rápidos, que veremos al tratar de la reforma procesal de 2002, ya le siguió la propuesta de otro tipo de soluciones, entre las que se contaba en la doctrina la instauración de un proceso monitorio penal, que en esta jurisdicción pudiera colmar las necesidades de efectividad del sistema en la resolución de los casos más sencillos, al modo en que los monitorios civiles garantizan la ejecución judicial de determinados créditos.

Entre tales propuestas se cuenta la recomendación del profesor GIMENO SENDRA, en la Revista del Poder Judicial XIX, *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal 2006*,

⁴ Añade la EdM de esta reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, que "con esta modificación se introduce un instrumento que permite a los jueces y tribunales prescindir de la sanción penal de las conductas de escasísima gravedad, con lo que se consigue una realización efectiva del principio de intervención mínima, que orienta la reforma del Código Penal en este punto; y, al tiempo, se consigue descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores carentes de verdadera relevancia que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves".

⁵ Schünemann, Bernd, La reforma del proceso penal, Dykinson, Madrid, 2005.

⁶ Se ha destacado, sin embargo, la falta de adecuada dirección de las reformas legales emprendidas en España al respecto, así Crespo Barquero, Pedro, *El proceso por aceptación de decreto. Análisis de la reforma legal*, Formación Continua CEJ 2016, "El legislador español viene reiterando a lo largo de muchos años esas recetas propias o importadas cuya finalidad es reducir la duración de los procesos, pero parece menos dispuesto a preguntarse reflexivamente por qué duran tanto. Recortar plazos, suprimir trámites o buscar alternativas al proceso penal son decisiones que no solo pueden comportar una inevitable reducción de garantías específicamente inherentes a lo judicial -que a lo mejor no son siempre imprescindibles, pero que existen y suponen un salto cualitativo respecto de cualquier otro procedimiento de resolución de conflictos-, sino que además no acaban de dar resultado, y por eso se suceden reforma tras reforma sin que, al final, el enfermo, a lo sumo aliviado por una leve mejoría estadística, acabe de sanar. El problema es que tal vez los procesos penales duran mucho, sobre todo, porque más allá de un determinado límite, dada su estructura no pueden durar menos, y tal vez no se deba (solo) a la falta de medios, a una defectuosa configuración de algunos procedimientos o a la creciente complejidad de los litigios. Aparte de todo esto, quizá sucede que el modelo mismo es fallido, por obsoleto e inoperante. Y quizá lo es porque el legislador se resiste, cada vez que tiene ocasión, a dar el paso que han dado casi todos los Estados democráticos del mundo (y muchos no democráticos) abandonando de una vez los postulados teóricos y los esquemas prácticos del modelo inquisitivo, eternamente perdido en la "búsqueda de la verdad", para asumir una más modesta función social de resolución de los conflictos mediante la aplicación de unos valores compartidos -lo que llamamos ultima ratio del Derecho Penal-, a través de un sistema simplemente limitado a enjuiciar una acusación que prepara y formula la parte acusadora, en virtud de pruebas presentadas ante el tribunal y obtenidas a través de una investigación carente -más allá del control del respeto a los derechos fundamentales- de toda formalidad procesal y capacidad de preconstitución del juicio".

de un proceso penal monitorio, de modo similar a lo hecho en los procesos monitorios introducidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, *“en el que la policía judicial y, en especial, los agentes de tráfico podrían imponer directamente la sanción con información a su destinatario de que está autorizado, en un plazo determinado, a recurrirla ante el Juez de Instrucción, quien, tras el pertinente juicio de faltas podrá recorrer la pena sobre este hecho en toda su extensión (podrá absolverle, pero también podrá imponerle un quantum de pena superior a la inicial sanción). Si el imputado se aquieta a la inicial sanción, ni siquiera se levantaría el oportuno atestado. (...) La instauración del proceso penal monitorio evitaría incluso las “conformidades premiadas” en la guardia por delitos contra la seguridad del tráfico vial, que la legislación sobre juicios rápidos ha introducido, ya que dicha conformidad podría realizarse in situ ante la policía de tráfico, sin necesidad de que el infractor tuviera siquiera que comparecer ante el Juez de Guardia”.*

1.3. De los repetidos intentos de reforma de la LECrim para agilizar el proceso

Y así, en las sucesivas y ya ciertamente innumerables reformas que, más que experimentar, ha sufrido nuestra ley procesal, se ha reflejado el esfuerzo del legislador por el hallazgo de una mayor eficacia en la aplicación de la norma penal, con una más eficiente configuración tanto del procedimiento abreviado como de los diferentes esquemas de procedimientos acelerados de investigación, acusación y enjuiciamiento ensayados.

Merece la pena echar la vista atrás y repasar cómo el legislador vino exponiendo la necesidad de cada una de las reformas operadas para agilizar el procedimiento y así, pudiendo ponderar el éxito en la consecución de sus objetivos en el pasado, valorar las posibilidades éxito de las nuevas reformas, entre las que se cuenta la que introduce el nuevo proceso por aceptación de decreto.

Pues bien, ya en la Ley 3/1967, de 8 de abril, *sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se exponía que *“para un gran número de los delitos previstos en el Código Penal (...), el tratamiento procesal actual es desproporcionado, ya que su compleja y dilatada tramitación está en desarmonía con la entidad penal del hecho a enjuiciar, y no sólo no sirve, sino que en algunos casos entorpece el logro de los fines de la Justicia penal”.*

La atribución en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, *de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*, de la función de juzgar las causas por él mismo instruidas, en relación con los delitos objeto de su ámbito, al Juez de Instrucción, determinó, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/1988, de 12 de julio, la promulgación de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, *de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal*.

En la EdM de la reforma, se planteaba de nuevo el legislador el reto de corregir los defectos que impedían el eficaz funcionamiento del proceso penal, buscando al tiempo una mayor simplicidad y una mejor protección de las garantías del inculpado. La reforma unificó los tres procedimientos existentes por delitos menos graves, los dos de urgencia de la LECrim. y el de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre.

Ley 10/1992, de 30 de abril, de *Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, incidía al justificar las reformas que introdujo sólo cuatro años después, en el mismo tipo de consideraciones, aunque incluyendo la más moderna referencia a la tutela de los intereses de la víctima del delito. La aproximación del momento de la respuesta penal al hecho enjuiciado con las consiguientes ventajas tanto para el enjuiciado, en cuanto que garantía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como para la víctima y la Administración de Justicia y la sociedad en su conjunto. La misma ley incluía una muy cuestionable referencia al necesario robustecimiento de la “ejemplaridad” de la Justicia Penal.

La ley se orientaba “en la dirección de ir consiguiendo una regulación que permita introducir en nuestro ordenamiento modalidades de enjuiciamiento inmediato en materia penal, carentes de instrucción propiamente dicha, por recaer sobre hechos que por su fácil constatación no requieren ulteriores investigaciones.(...) Todo ello enmarcado en el pleno respeto a las garantías de defensa reconocidas por la Constitución y sin alteración de los ámbitos funcionales que ostentan tanto el Ministerio Fiscal como los órganos jurisdiccionales”⁷.

Es de ver que el legislador, más que alcanzar su objetivo ideal, ya sólo pretendía “ir consiguiendo”, no un modelo procesal nuevo, sino tan sólo “modalidades de enjuiciamiento” alternativas al proceso común que se conserva.

En la misma línea, pero igualmente con escaso éxito, pues la incidencia práctica entonces de la celebración de los ya denominados juicios rápidos era mínima, se dirigía la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.⁸

Y así se llegó a la importante reforma de la LECrim. por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

Su EdM explicaba que se trataba de profundizar en la vía abierta por los que, efectivamente, ya se conocían en el lenguaje forense como juicios rápidos, dando lugar en algunos casos a una justicia realmente “inmediata”.

El legislador afirmaba ser sensible a una “notable preocupación social: los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son aprovechados en ocasiones por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es, sin duda, una pieza clave para evitar los fenómenos antes descritos y permitir que la Justicia penal cumpla alguno de los fines que tiene asignados”.

El legislador no ignoraba en 2002 el muy escaso éxito de las soluciones precedentes, reconociendo que en la práctica la eficacia de los aquellos juicios rápidos había sido muy desigual, entre otras cosas, al no regularse como procedimiento especial sino como especialidades dentro del procedimiento abreviado, sin la fijación de plazos máximos de duración de las diligencias y para la celebración del juicio oral, ni una adecuada instauración de los principios de concentración y oralidad, con una insuficiente concreción de los delitos y las circunstancias en las que habría de tramitarse el procedimiento especial.

A continuación el Gobierno, sin las limitaciones presupuestarias con las que hoy en día se quiere justificar ignorar la inadecuación de los medios personales y materiales dispuestos para llevar a la práctica las reformas que se quieren implantar, en la ley que impulsaba comprometía las

⁷ La EdM de esta reforma legal, incidía en las consideraciones antes apuntadas sobre el significado del margen de discrecionalidad técnica disponible para los órganos encargados de la persecución penal en la utilización de las herramientas procedimentales creadas. Decía, “es importante subrayar que las reformas que se introducen ni son propiamente un nuevo procedimiento ni suponen siquiera la creación de mecanismos automáticos, cuyo uso inevitable pueda acabar sobrecargándolos; se trata de mecanismos de agilización cuya posible utilización se deja en manos del Ministerio Fiscal y del Juez, de forma que se abra un margen al desarrollo de una política de la represión penal que pretenda reforzar la confianza en el Derecho y la Justicia. Tienen sentido la puesta en práctica de tales mecanismos cuando la proximidad temporal de la comisión del delito permite, si se dan las circunstancias que la ley exige, que la inmediata impartición de la justicia produzca sus efectos positivos en la comunidad, reforzando su confianza en la justicia, sin mengua de las garantías de los derechos de los imputados”.

⁸ En la EdM se exponía “El contenido de la presente Ley incluye también dos reformas específicas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dirigidas a intensificar la aplicabilidad de los juicios rápidos en el orden penal, aunque en ámbitos ya previstos por la Ley. De este modo, se dispone la modificación de los apartados segundo y tercero del artículo 790.1 de aquella Ley, para imponer trámites abreviados en casos en los que, hasta ahora, sólo eran facultativos. Se subraya así la decidida voluntad del legislador de agilizar los procesos penales, en el convencimiento de que una Justicia más rápida se adecúa mejor a sus fines constitucionales y atiende más cumplidamente los intereses sociales”.

mejoras técnicas acompañadas de refuerzos operativos para hacer la reforma real: “se considera necesaria una reforma legal que regule más detalladamente los mecanismos de aceleración de los procesos por delitos y que al tiempo cree nuevos expedientes procesales de aceleración de la Justicia penal. Esta nueva regulación legal, que irá acompañada de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios, nace con vocación de producir un giro en los hábitos de nuestra Administración de Justicia, en la percepción que tiene la ciudadanía respecto de la lentitud de la persecución penal y en la aparente impunidad de los delincuentes.”⁹

En este sentido, el profesor GIMENO SENDRA¹⁰ exponía al explicar la reforma en cuya elaboración participó, que el procedimiento introducido en 1992 no había producido los resultados perseguidos, fundamentalmente, por la falta de medios, con una aplicación limitada a determinadas capitales como Barcelona, Madrid o Sevilla, recordando que la propia FGE la había considerado concebida para los juzgados de grandes capitales, en las que existe un servicio de guardia de 24 horas ininterrumpidas.

Sin embargo, incontrovertiblemente el resultado de la reforma de 2002 fue muy distinto, y ya en la información estadística elaborada por los servicios del Consejo General de Poder Judicial con ocasión del cumplimiento de diez años de la introducción de los juicios rápidos en 2003, se reflejaba que para los procedimientos abreviados el porcentaje de los tramitados como rápidos estaba cercano al 45%, alcanzando el 64% en los de violencia doméstica y el 60% en los de violencia contra la mujer. De acuerdo al mismo informe, las duraciones medias estimadas de los procedimientos abreviados se habían reducido en un 36% después de la introducción de los juicios rápidos¹¹.

1.4. De la consolidación de fórmulas de justicia negociada: en especial, la premiada en los juicios rápidos

GÓMEZ COLOMER¹² subraya la naturaleza compleja de la conformidad penal, en la que la parte pasiva de proceso, en referencia tanto al acusado como al letrado defensor, acepta la pena solicitada, o la más grave de las solicitadas si hay varias acusaciones, procediéndose a dictar sentencia de modo inmediato, sin necesidad de celebración de la vista.

El mismo autor subraya la conformidad como parte esencial de la denominada justicia negociada, con manifestaciones en derecho comparado como el *plea bargaining* (negociación sobre la declaración), *guilty plea* (declaración de culpabilidad), *Absparache* (acuerdos), *pattenggiamenti* (convenios) y otros. Lo considera tanto un acto dispositivo material y procesal, consecuencia del principio de oportunidad, porque se fija el límite máximo de la pena a imponer, como un procedimiento procesal para acelerar trámites, pasando directamente a dictar sentencia.

En la LECrim. se cuenta, al margen de con la regulación dentro del procedimiento ordinario de las posibilidades de conformidad del acusado en el escrito de defensa (artículo 655) o al inicio de las sesiones del juicio oral (art.688), con la posibilidad de aceleración de las diligencias previas para su tramitación como juicio rápido, en los supuestos en que el investigado asistido de su abogado hubiera reconocido los hechos a presencia judicial (art.779.1.5^º). Dentro del propio

⁹ En relación con las reformas procesales introducidas en 2002, la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, explicó la necesidad de su aprobación coetánea con el carácter de orgánica, “La Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, requiere en su regulación que algunos aspectos no susceptibles de modificación por una Ley ordinaria, de acuerdo con nuestra Constitución, sean aprobados con el carácter de Ley Orgánica. Tal ocurre, por ejemplo, respecto de la novedosa posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda, en determinados casos, dictar sentencia de conformidad sin entrar a enjuiciar los hechos, en la medida en que supone una competencia que requiere la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

¹⁰ Gimeno Sendra, Vicente y López Coig, Juan Carlos, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, página 6.

¹¹ Boletín de Información estadística número 32, del mes de marzo de 2013, Consejo General del Poder Judicial.

¹² Gómez Colomer, Juan Luis, en Derecho Jurisdiccional III, Tirant Lo Blanch 2015, Madrid, página 350.

procedimiento abreviado se prevé la posibilidad de presentación de un escrito de defensa de conformidad, o un nuevo escrito de conformidad presentado por las partes acusadoras y el acusado con su Letrado en el momento de despachar su escrito de defensa (art.784.3). Antes de iniciarse la práctica de la prueba, en el juicio oral, se prevé también la posibilidad de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, debiendo el Juez o Tribunal controlar la procedencia legal de la calificación jurídica y de las penas solicitadas, además de asegurarse de la libre prestación de su consentimiento por el acusado con la anuencia de su Letrado (art. 787).

Y como fórmula de conformidad premiada, por la rebaja en un tercio de la pena pedida en caso de alcanzarla, con la conformidad regulada en el artículo 801. Requiere que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años, así como que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

Según expresaba la Memoria de la FGE del año 2015, las conformidades como medio de evitación de los juicios suponen una medida efectiva para procurar la respuesta más inmediata y en cierta medida, la cuestión no es ajena a la implantación de unas prácticas de mediación en el ámbito penal.

La Memoria de la FGE de 2016, dentro de sus propuestas de reforma legislativa en el ámbito del proceso penal, tras referirse a la amplia regulación de la conformidad en los dos últimos anteproyectos que intentaron una reforma legal de todo el proceso penal, expone que debiera abordarse, sin esperar a la reforma global del proceso penal, la reforma de la conformidad, permitiendo que esta pueda alcanzarse sin sujeción a límites penológicos, introduciéndose simultáneamente garantías para que los derechos de los acusados queden debidamente preservados. Se considera que ello tendría efectos especialmente positivos en la agilización de la justicia penal, y en especial en relación con el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

La misma Memoria expone que *“en el año 2015, como en precedentes anualidades, el mayor número de sentencias condenatorias se produjo por la conformidad del acusado y su letrado con la calificación del Fiscal. Así de total de sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de lo Penal, 117.997, 70.647 sentencias lo fueron por conformidad del acusado con la petición del Ministerio Fiscal, lo que representó el 60 % del total de sentencias condenatorias dictadas. En las Audiencias Provinciales se dictaron un total de 7.251 de las cuales 3.461, el 47 %, lo fueron por conformidad del acusado y su defensa con la posición del Fiscal. Los términos son muy similares a los de años anteriores y estas conformidades que se producen antes del comienzo del juicio oral deberían llamar la atención del legislador. No se pretende con esta observación una nueva reforma parcial a la LECrim sino que los datos que se exponen en su conjunto denotan que estas reformas parciales no suponen avance alguno en la mejora de la Justicia penal, que solo será posible con la necesaria e inaplazable reforma en profundidad del derecho procesal penal”*.

Sin embargo, también se han destacado los riesgos derivados para la adecuada garantía del principio de legalidad y de la igualdad en la aplicación de la norma, de la extensión del uso de fórmulas de conformidad privilegiadas. No se produce una negociación en pie de igualdad pues, de principio, una de las partes negocia con su propia libertad. En el caso de la pena prisión asume su reclusión temporal, pero a riesgo de extenderla sin acuerdo. La defensa letrada ha de garantizar el adecuado consejo sobre los riesgos reales derivables de afrontar la celebración del juicio, pues renunciar al mismo tiene tanto más significado cuanto mayores son las garantías constitucionales por el juicio oral salvaguardadas, que implican que es la única fórmula de ase-

gurar la efectiva procedencia de un pronunciamiento de condena. La presión derivada de la carga de trabajo acumulado ha de prevenirse como acicate de un mayor número de conformidades impulsadas por el Fiscal, o asumidas por el Juez o Tribunal, fuera de un exigente esfuerzo por comprobar que la asunción de su pena por el acusado, que se enfrenta al siempre inseguro resultado de un juicio, se corresponde con la misma medida de su culpa.

1.5. Breve referencia a las experiencias de derecho comparado

La pretendida agilización del proceso penal en relación con los delitos menos graves, ha determinado también en los países de nuestro entorno la facilitación de diversas formas de negociación en sus modelos procesales. Y en las normas procesales de estos países, igualmente, se ha buscado la incorporación de distintos procedimientos especiales que recortan la tramitación del proceso penal ordinario en alguna de sus fases, como al principio apuntamos y venimos de ver que se ha procurado con los juicios rápidos en España.

No es esta ocasión para un estudio detallado de tales procedimientos, sino simplemente para apuntar algunas de sus características esenciales, considerando que el legislador español, al justificar las ventajas del nuevo proceso por aceptación de decreto, apela al mismo como un *modelo de probado éxito en el Derecho comparado*. Veremos que el *modelo* introducido en la reforma de la LECrim, poco tiene que ver con los procesos monitorios penales de otros ordenamientos.

Siguiendo en esto la clasificación de la profesora ARMENTA DEU, en relación a la comparación de los distintos sistemas procesales penales europeos¹³, cabe destacar el proceso para delitos flagrantes y el proceso con “comparecencia inmediata” a que se refieren los artículos 53 y 395 y siguientes del código procesal francés; el proceso *sumario* que regulan los artículos 381 a 391 de la ley procesal portuguesa, en el que, como herramienta agilizadora, el Fiscal no tiene que presentar escrito de acusación, pudiendo sustituirlo por la lectura en juicio del atestado¹⁴; y el *gudizio direttísimo* y el *gudizio immediato* que regula el código procesal penal italiano, en sus artículos 449 a 458, para delitos flagrantes o delitos con prueba “evidente” respectivamente. También la ordenanza procesal alemana, artículos 417 a 420, regula la posibilidad de obviar la fase de preparación del juicio oral. Se ha de tratar de asuntos sencillos, con una situación probatoria clara. Se limitan las penas a imponer, de no más de un año de prisión, incluyendo la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad.

Pero también se regulan supuestos que implican, como ahora en nuestro proceso por aceptación de decreto, no ya la eliminación o el acortamiento de la fase de instrucción o de la fase intermedia, sino la supresión de la fase de enjuiciamiento. Es el caso del proceso por mandato alemán, el proceso por decreto italiano y el proceso sumarísimo portugués.

En el caso del proceso por decreto italiano, regulado en los artículos 459 a 464 del CPP, el *decreto di condanna* lo emite el Juez a requerimiento del Fiscal, en los casos que no hayan transcurrido más de seis meses desde la identificación del imputado y la pena a imponer sea pecuniaria. En el decreto se relatan el hecho punible, con los preceptos infringidos y los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión. El imputado dispone de quince días para oponerse desde que le es notificado el decreto personalmente. La falta de oposición atribuye fuerza ejecutiva al decreto.¹⁵

¹³ Armenta Deu, Teresa, Sistemas procesales penales. La Justicia penal en Europa y América, Marcial Pons, Madrid 2012, página 142.

¹⁴ Así lo regula el art. 389 CPP portugués, “O Ministério Público pode substituir a apresentação da acusação pela leitura do auto de notícia da autoridade que tiver procedido à detenção. 2 - Caso seja insuficiente, a factualidade constante do auto de notícia pode ser completada por despacho do Ministério Público proferido antes da apresentação a julgamento, sendo tal despacho igualmente lido em audiência”.

¹⁵ Caracteriza este procedimiento, asimismo, la posibilidad que el juez pueda disminuir la pena propuesta por el Fiscal. Es un verdadero monitorio, pues sin oposición del requerido el decreto adquiere fuerza ejecutiva. Regula la oposición del requerido a que nos referimos el art. 461.1 CPP italiano, “Nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, personalmente o a mezzo del difensore eventualmente nominato, possono proporre

Más parecido a nuestro proceso por decreto es el proceso *sumarísimo* portugués. Es el Fiscal el que formula al Juez un requerimiento escrito con la identificación del acusado, descripción de los hechos, preceptos aplicables, prueba dispuesta y penas procedentes, excluida la prisión. Si el Juez lo considera procedente se notifica al acusado y a su abogado y, salvo oposición, se dictará la resolución que imponga la sanción, según se regula en los artículos 392 a 398 del código procesal penal portugués.

Su ámbito material se refiere a delitos con pena de prisión hasta de cinco años prevista en abstracto, o bien de multa, pero resulta aplicable el proceso *sumaríssimo* sólo cuando el Fiscal interese la imposición de una pena no privativa de libertad, admitiéndose en supuestos de intervención de acusación particular.¹⁶

Se salvaguarda el interés del perjudicado para que se haga efectiva su pretensión de indemnización. Y se puede considerar como un verdadero monitorio pues, en ausencia de oposición, el requerimiento adquiere fuerza ejecutiva.¹⁷

Ahora bien, según adelantamos, la comparación con estos otros modelos de procesos monitorios penales, no puede justificar la introducción del nuevo proceso por aceptación de decreto en nuestra LECrim. Un proceso de este tipo tiene cabida en sistemas en los que el Fiscal tiene atribuida la instrucción de los procesos penales, dispone por ello de un conocimiento inmediato de las causas y dirige su curso, aun con las competencias correspondientes de la autoridad judicial de referencia para la decisión sobre diligencias que afecten a derechos fundamentales. Tiene pues sentido en modelos procesales como el que pretendida instaurarse con el borrador de Código Procesal Penal aprobado en 2013. Pero desgajado de tal sistema, en nuestro actual modelo procesal penal, tiene muy difícil encaje.

En su voto particular al informe del Consejo General de Poder Judicial al anteproyecto de la reforma, lo expresaba la Vocal María Concepción Sáez Rodríguez, con estas palabras, *“la apelación al “probado éxito en el Derecho comparado” del procedimiento monitorio a que la alude la EM del Anteproyecto tampoco resulta convincente porque más allá de la identidad o similitud de su denominación, existen contrastes entre los procesos de este tipo en los países de cultura anglosajona y los del derecho continental, y aun entre los ordenamientos de esta área jurídica (Alemania, Italia, Francia o Portugal, por ejemplo), se constatan variables que los singularizan.*

Tampoco se ha valorado la estructura judicial imperante todavía en nuestro país, con un Ministerio Público carente de competencias instructoras, ni la vigencia indiscriminada y sin matices del principio de legalidad, del que aquel es su principal valedor, ni la ausencia de monopolio en el ejercicio de la acción penal, rasgos que siguen caracterizando nuestro sistema de justicia”.

opposizione mediante dichiarazione ricevuta nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari che ha emesso il decreto ovvero nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trova l'opponente”.

¹⁶ Así se regula en el art. 392 de la ley procesal portuguesa, disponiendo que “1 - Em caso de crime punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou só com pena de multa, o Ministério Público, por iniciativa do arguido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, requer ao tribunal que a aplicação tenha lugar em processo sumaríssimo.

2 - Se o procedimento depender de acusação particular, o requerimento previsto no número anterior depende da concordância do assistente”.

¹⁷ Se regula la tutela de los intereses del perjudicado en art. 393, relativo a las partes civiles, que dispone que “1 - Não é permitida, em processo sumaríssimo, a intervenção de partes civis, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 - Até ao momento da apresentação do requerimento do Ministério Público referido no artigo anterior, pode o lesado manifestar a intenção de obter a reparação dos danos sofridos, caso em que aquele requerimento deverá conter a indicação a que alude a alínea b) do n.º 2 do artigo 394.º”.

Y la fuerza ejecutiva del requerimiento en ausencia de oposición del investigado en el art. 397, “1 - Quando o arguido não se opuser ao requerimento, o juiz, por despacho, procede à aplicação da sanção e à condenação no pagamento de taxa de justiça.

2 - O despacho a que se refere o número anterior vale como sentença condenatória e não admite recurso ordinário”.

1.6. Hasta llegar a la ley 41/15

Y así es como llegamos a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, en cuya EdM podemos encontrar que según el legislador el nuevo proceso por aceptación de decreto es un “procedimiento monitorio penal” que permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el encausado da su conformidad, con preceptiva asistencia letrada.

Al explicar la finalidad de la nueva reforma, esta vez y según ya adelantamos, el legislador se justifica en el éxito de su modelo en países de nuestro entorno, expresando que *“siguiendo un modelo de probado éxito en el Derecho comparado, se instaura un mecanismo de aceleración de la justicia penal que es sumamente eficaz para descongestionar los órganos judiciales y para dispensar una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa o trabajos en beneficio de la comunidad, totalmente respetuoso con el derecho de defensa. El objetivo de esta reforma es el establecimiento de un cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad, aplicable con independencia del procedimiento que les corresponda”*.

Además, se presenta el nuevo proceso como una herramienta que puede dotar de una salida procesal específica a la tramitación previa de las diligencias de investigación de la Fiscalía, exponiéndose que *“también responde a la posibilidad de culminar la fase de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal con una elevación de las actuaciones al juzgado de instrucción que implique no ya la puesta en conocimiento del hecho sino, de facto, la solicitud de la sentencia y pena correspondiente”*.

Como hemos de ver, esta finalidad no podrá justificar la existencia del nuevo procedimiento al constatar la falta de correspondencia entre los delitos ordinariamente objeto de diligencias de investigación de la Fiscalía con los que podrían ventilarse a través del nuevo proceso por aceptación de decreto.

En todo caso, el legislador se muestra muy optimista en cuanto a la efectiva aplicación práctica de este proceso, esperando que su efectiva aplicación implicará una *“reducción significativa de las instrucciones y ulteriores juicios orales, lo que redundará también en beneficio del acortamiento de la denominada «fase intermedia» de los procedimientos”*.

Pues bien, en el Informe aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 12 de enero de 2015, previo a la reforma, además de expresarse lo antes recordado en el voto particular extractado, ya se exponía respecto al nuevo procedimiento que *“con independencia de reconocer su innegable vocación de servir de instrumento de agilización de la justicia penal, la regulación propuesta merece algunas consideraciones acerca de la aparente rigidez con que parece estar concebido este proceso y sobre su mayor eficacia con relación al sistema de conformidades actualmente existente”*.

Y tampoco en el Consejo Fiscal se pudo mostrar mayor optimismo respecto de la reforma. Aunque en referencia al texto del Anteproyecto que, según examinaremos, no preveía rebaja alguna de la pena como ventaja asociada a la asunción por el encausado de la propuesta de sanción contenida en el decreto del Fiscal, el Consejo Fiscal se mostró contundentemente contrario a una iniciativa legislativa muy alejada de la realidad práctica de fiscalías y juzgados. Se expuso, como antes ya referíamos, que *“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”*.

Se advirtió además que “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”.

Y se concluyó, contundentemente, 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.

2. Siete cuestiones prácticas

2.1. Qué es el proceso por aceptación de decreto

Como venimos de ver, en la propia EdM de la Ley 41/15 se refiere el nuevo procedimiento como un procedimiento *monitorio* penal. En nuestra doctrina no han faltado autores que como tal lo han calificado¹⁸. Sin embargo, como expone GONZÁLEZ CUELLAR¹⁹, no es propiamente un monitorio, “al no ser bastante para la condena la pasividad del encausado mediante la falta de impugnación de la propuesta de sanción y exigirse una aceptación expresa de la pena por su parte, efectuada con asistencia letrada, para su aplicación”. GIMENO SENDRA²⁰ incide de igual manera en ello, pues la consideración del procedimiento como monitorio requeriría, tal cual ocurre en los ejemplos referidos de derecho comparado, la emisión por el Juez de una orden penal en la que se concretase una sanción que, caso de no ser impugnada, devendría firme.

E incluso su propia conceptualización como tal *proceso* es puesta en duda. MONTERO AROCA²¹ se refiere al proceso como *actum trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquel lo solucione actuando el Derecho objetivo. En tal medida, propiamente tampoco estaríamos ante un proceso, puesto que el Juez de Instrucción no está llamado a enjuiciar, de hecho carecería de competencia admisible constitucionalmente para ello, sino tan sólo a autorizar el decreto, con las posibilidades de actuación sobre las que más abajo habrá ocasión de extenderse²².

¹⁸ Barona Vilar, Silvia, en Derecho Jurisdiccional III, Tirant Lo Blanch 2015, Madrid, página 608.

¹⁹ González-Cuellar Serrano, Nicolás, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Castillo de Luna 2015, Madrid, página 76.

²⁰ Gimeno Sendra, Vicente, Derecho Procesal Penal, Civitas Pamplona, 2015, página 1043.

²¹ Montero Aroca, Juan, en Principios del proceso penal, Tirant Lo Blanch 1997, Valencia, página 29.

²² Sin embargo, en el propio debate parlamentario de aprobación de la ley en 2015, se llegó a afirmar, criticando la reforma, que se venían a atribuir funciones jurisdiccionales al propio Ministerio Fiscal. Así en intervención del diputado Emilio Olabarria Muñoz se expresó que “es particularmente grave (...) la atribución al Ministerio Fiscal de funciones jurisdiccionales propias de los jueces, como los decretos aceptados por las partes en procedimientos sencillos. Debata si el ministerio fiscal —cuya dependencia orgánica es del Gobierno— debe realizar funciones de esta naturaleza; debátalo y piénselo detenidamente. Creo que deberíamos replantearnos —quizás en la próxima legislatura ya porque esta se está agotando, afortunadamente— si esto es pertinente y es plausible”.

Por ello, se ha enfatizado que no se trata más que de un nuevo modelo de *conformidad no negociada*, instada por el Fiscal, en principio, sin previo contacto con la defensa, buscando descongestionar de asuntos necesariamente sencillos la carga de trabajo de los juzgados de instrucción. Ante semejante planteamiento, sólo podrá comprenderse su aplicación, en principio, en aquellos tipos delictivos en los que la procedencia de su aplicación dependa de aspectos fácticos que puedan hacerse patentes, por lo menos *ad liminen*, sin lugar a posible o esperable objeción. El Juzgado recibe del Fiscal directamente una propuesta de sanción, acompañada de la descripción del hecho objeto del procedimiento, de su imputación subjetiva, su calificación jurídica procedente y una propuesta de condena penal y civil, que habrá de trasladar al así encausado para, sin necesidad de tramitar propiamente causa judicial alguna, *per saltum*, pronunciar una sentencia de condena.

GONZALEZ CUELLAR, incidiendo en la ventaja introducida en la versión definitiva de la ley, de obtener el encausado una rebaja de la condena tal cuál ocurre en la conformidad regulada en los juicios rápidos, lo define como *“un proceso especial de imposición de una pena por aceptación de la sanción de escasa gravedad incoado a instancia del Ministerio Fiscal mediante la emisión de una propuesta punitiva premiada dirigida al sospechoso y cuya tramitación se circunscribe a la constatación del cumplimiento de los presupuestos procesales que lo condicionan y a la emisión de un consentimiento válido otorgado por el sujeto pasivo”*²³.

El **artículo 803 bis b** de la LECrim., se refiere al **Objeto** del proceso, estableciendo:

1. *El proceso por aceptación de decreto dictado por el Ministerio Fiscal tiene por objeto una acción penal ejercitada para la imposición de una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*
2. *Además puede tener por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio.*

Esta es la referencia legal que, como veremos con mejorable técnica, se refiere al proceso como cauce del ejercicio de la acción penal, por bien que esta no llegue a ser enjuiciada si es aceptada por el encausado debidamente asesorado por letrado, una vez autorizado el decreto por la autoridad judicial, tras verificar el cumplimiento de los requisitos subjetivos, objetivos, materiales y formales, previstos por la ley, a los que nos vamos a referir seguidamente; y ello sin perjuicio del margen de apreciación discordante que pueda reservar el Juez respecto de la eventual suspensión o sustitución de la pena de prisión a la que también nos hemos de referir.

Pues bien, en relación con los referidos requisitos, es procedente examinar quién puede instar o participar en la tramitación de este proceso por aceptación de decreto, en relación con qué delitos, durante la tramitación de qué tipo de diligencias y con qué exigencias procedimentales.

2.2. Qué delitos pueden ser objeto de este procedimiento y qué penas ser impuestas

En la ley el **artículo 803 bis a**, relativo a los **Requisitos del proceso por aceptación de decreto**, dispone:

(...) podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos:

- 1.º *Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*

²³ Cit. página 76.

2.º Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

3.º Que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

Evidentemente, la disposición excluye los delitos objeto de tramitación por el procedimiento ordinario, incluye los delitos leves y también muchos de los que ordinariamente podrían seguir su tramitación como diligencias previas de procedimiento abreviado o el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Se ha defendido la posibilidad de vehicular a través de este procedimiento la tramitación de los delitos objeto de la competencia del Tribunal del Jurado, como más adelante hemos de referir, pero la regulación especial de los delitos competencia del Jurado, según también veremos, los excluye del posible ámbito de este proceso por aceptación de decreto.

Pero para poder responder a cuáles son los delitos que pueden tramitarse a través de este procedimiento, es preciso manejar las siguientes referencias legales, a saber: a) delitos castigados con penas de multa, b) delitos castigados con pena de trabajos en beneficio de la comunidad, c) delitos castigados con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal; y, en todos los casos, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Como exponía el informe del Consejo Fiscal previo a la elaboración de la ley, respecto de la recta interpretación de la referencia “delitos castigados con”, debe seguirse el mismo criterio de 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 refuerza esta interpretación el hecho de que el número 2º del art. 803 bis a) habla ya de “la pena en concreto aplicable”.

La previsión en el Código Penal de las penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad no genera problemas interpretativos. Pero la referencia a la “pena de prisión no superior a un año susceptible de suspensión por el régimen del artículo 80 del Código Penal”, sí genera confusión.

La confusión deriva de que, en el mismo precepto, se refiere que es requisito del procedimiento que la “pena en concreto aplicable” no sea la de prisión. De hecho, en el artículo 803 bis c, al regular el contenido del decreto de propuesta de imposición de pena se prevé que el Fiscal “podrá proponer” las penas de multa o trabajos, acompañadas o no de la de privación del derecho a conducir.

Sin embargo, el mismo artículo en referencia a la eventual pena de prisión que pueda venir asociada al delito objeto de este procedimiento, requiere del Fiscal que incluya una “breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida”.

Si a la falta de adecuación a nuestro modelo procesal de instrucción del nuevo proceso por aceptación de decreto, que ya tratamos, le sumamos esta deficiente y contradictoria redacción de su regulación, el juicio que podemos hacer de la reforma no puede ser más que muy negativo.

Nos encontramos una referencia legal a la eventual sustitución de la pena de prisión cuando, en principio, el régimen de sustitución de las penas de prisión del artículo 88 del Código Penal ha quedado derogado tras la LO 1/15, de 30 de marzo, de modificación del CP. Siendo ello así, no habría penas de prisión que sean sustituibles de modo ordinario por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, restando tan solo la posibilidad de suspensión de tales penas, con aplicación del régimen ahora previsto en el artículo 80 del CP, que es al que remite el artículo 803 *bis a* de la LECrim.

No en vano pues, se ha planteado la cuestión de si cabe o no la imposición por aceptación de una pena privativa de libertad. Debe adelantarse que sí. Las penas son “sustituidas”, en el régimen del Código Penal, como formas sustitutivas de la ejecución, una vez impuestas, de acuerdo a la rúbrica del Capítulo III del Título III del Libro I del CP.

Que la pena *en concreto aplicable* no sea la de prisión, derivará de que haya sido *sustituída*, de acuerdo a la única inteligencia de la sustitución que aún mantiene el CP en su redacción vigente, que vamos a ver que, de hecho, y aun bajo su regulación dentro de un régimen unitario de suspensión de la pena, mantiene la posibilidad de cumplir penas alternativas que sustituyan en parte a la prisión.

Para aclarar la confusión generada por la contradictoria redacción de la ley, hemos de considerar que, desde luego y sin necesidad de la imposición de una pena de prisión, a la pena privativa de libertad de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, así como también a la pena privativa de libertad de localización permanente, se podría dar lugar con una condena a una pena de multa, en ambos casos de acuerdo a las consecuencias punitivas que para el impago de la pena multa prevé el artículo 53 del CP.

De manera que, aun partiendo de una interpretación puramente literal de la norma, que considerase que la misma no permite la petición de condena más que a una pena de multa o de trabajos, las consecuencias de la aceptación del decreto por parte del encausado, podrían determinar el cumplimiento en definitiva de una pena privativa de libertad.

También se ha de considerar que cabría interesar una pena de prisión en los casos en que debiera ser necesariamente sustituida por aplicación de la previsión específica del artículo 71.2 del CP, que proscribía las penas de prisión de duración inferior a tres meses, en regulación referida a los supuestos en que se llega a las mismas por su rebaja en grado, debiendo entonces ser sustituida la pena prisión bien por multa, bien por trabajos en beneficio de la comunidad o bien por localización permanente.

El problema interpretativo deriva de las confusas referencias legales que se superponen en los distintos apartados del *artículo 803 bis*, a la pena prevista para cada delito y a la pena en concreto aplicable, que no refiere que pueda ser de prisión, pero que parece que sí lo puede ser si va a ser sustituida, aunque el mismo *803 bis c* apartado 5º no la refiere entre las penas que el Fiscal puede incluir como pena propuestas.

Y, desde luego, el problema interpretativo deriva de la referencia legal al régimen de sustitución de la pena de prisión, solapado con la referencia a las penas de prisión que puedan ser suspendidas conforme al artículo 80 del CP.

En principio y según adelantamos, las penas de prisión ya no pueden ser sustituidas, pero ciertamente es de subrayar, que el régimen previsto en el artículo 84 del CP reformado por la LO 1/15, que aparentemente refiere a las penas de multa y trabajos no ya como sustitutivas de la prisión, sino como condicionantes añadidos a un régimen único de suspensión, no es tal si se considera que aun en los casos de revocación de la suspensión de las penas, la parte cumplida de la multa o de los trabajos será objeto de abono conforme a las previsiones del artículo 86.3 del CP, pudiendo llegar a compensar hasta dos tercios de la pena de prisión inicialmente impuesta²⁴.

²⁴ Crespo Barquero, Pedro, *El proceso por aceptación de decreto. Análisis de la reforma legal*, Formación Continua CEJ 2016.

Las penas de multa y trabajos siguen operando, pues, como sustitutivas de la de prisión, por bien que en caso de revocación de la suspensión/sustitución haya de cumplirse la pena de prisión inicialmente impuesta, aunque con el abono regulado en el nuevo artículo 86.3 del CP, con lo que el resultado no será tan diferente de las consecuencias que hasta ahora se preveían en el artículo 88.2 del CP, “la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente”.

GONZALEZ CUELLAR también considera que la referencia a las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad del artículo 803 *bis* c 5.º, debe ser entendida como referente a la imposición de prestaciones condicionantes de la suspensión de la pena de prisión por aplicación de los artículos 80 y 84 del CP. El autor entiende pues, que la referencia en el precepto a que el Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, no debe ser interpretada literalmente, sino en unión al artículo 84 del CP. Cuando el delito tiene prevista pena de prisión, la reducción premial del tercio se aplica sobre la pena de prisión y después el resultado se convertirá en pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, con la accesoria petición, en su caso, de comiso²⁵.

Lo expuesto es particularmente relevante, ya que abre el ámbito de este proceso a los delitos que en el código tienen prevista una pena de prisión inferior a un año, pero no una alternativa de multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

La interpretación propuesta, abriendo la posibilidad de imposición de una pena de prisión por aceptación, que incluye la aceptación también de las consecuencias de su suspensión condicionada conforme al nuevo régimen del CP, la sostengo reconociendo la aparente contradicción con la literalidad de la norma. Interpretando las consecuencias que derivan de la aplicación del CP en su conjunto y, por ello, valorando que igualmente a la pena privativa de libertad de responsabilidad personal subsidiaria se puede llegar en la ejecución de la pena multa. Y atendiendo al significado legal de la sustitución de las penas, como forma alternativa de ejecución de las impuestas, de acuerdo a la redacción aún vigente del CP.

Pero también se sostiene considerando las consecuencias derivadas de esta interpretación, para posibilitar un mínimo de viabilidad práctica al nuevo proceso por aceptación de decreto, en su aplicación a los distintos tipos penales de nuestro código.

Lo inadmisibles es que la impotencia legislativa para aprobar una nueva ley de enjuiciamiento criminal, haya venido acompañado de la introducción en la vigente de un proceso por aceptación de decreto que no se adecuaba ni a nuestro modelo procesal penal, ni a nuestro propio Código Penal, pues al aprobar en octubre de 2015 la reforma de la LECrim, se olvidó el legislador de que había aprobado en marzo de 2015 la reforma del régimen de sustitución de las penas en el Código Penal.

Sin pretender abarcar todos los supuestos posibles y al margen de eventuales problemas interpretativos derivados de la previsión de determinadas penas accesorias, cabe referir la aplicación hipotética del proceso a los siguientes delitos: al homicidio por imprudencia menos grave del artículo 142.2; al aborto producido por la mujer del art. 145.2; al aborto por imprudencia grave del art. 146; a los delitos de lesiones del art. 147.2 y 3; a las lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.º y a las lesiones por imprudencia menos grave del art. 152.2; a la riña tumultuaria del art. 154; a las lesiones al feto del art. 158; a las detenciones ilegales del art. 163.4; a algunos supuestos de amenazas del art. 171.1 y 7; a las coacciones leves del art. 172.3; al acoso sexual del art. 184; a los delitos de exhibicionismo de los art. 185 y 186; al delito contra la intimidad del art. 191.7; al supuesto específico de allanamiento del art. 203.2; a las injurias contra funcionario público, autoridad o agente de la misma perseguibles de oficio del art. 215; a la bigamia del art. 217; a la sustitución de un niño por otro por imprudencia grave del art. 220.5; al

²⁵ Cit. página 85.

impago de pensiones del art. 227; al delito leve de hurto del art. 234.2 y el *furtum possessionis* del art. 236; al robo y hurto de uso del art. 24.1 y 2; a la usurpación de los art. 245.2, 246 y 247; al delito leve de estafa del art. 249; al delito leve de administración desleal del art. 252.2; al delito de apropiación indebida del inciso primero del art. 254; a las defraudaciones de los art. 255 y 256; al uso de bienes embargados del art. 258 bis; a los daños del art. 263.1; los daños por imprudencia del art. 267; los delitos relativos a los consumidores de los art. 282 y 283; a la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural del art. 289; al delito societario del art. 293; a la alteración de contabilidad del art. 310; a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis; al delito contra el patrimonio histórico por imprudencia del art. 324; a los incendios no propagados del art. 354; a los delitos contra la seguridad vial de los art. 379, 383 y 384; a la expendición de moneda, sellos o efectos timbrados de los art. 386.3 y 389 segundo; a las falsificaciones de certificados de los art. 397 y 399; a la usurpación de funciones públicas de los art. 402 bis y 403.1; a la realización arbitraria del propio derecho del art. 45; a las acusaciones y denuncias falsas y la simulación de delitos de los art. 456.1 2º y 3º y 457; a la obstrucción a la justicia del art. 463.1 y los quebrantamientos de condena de los art. 468 y 470.1. No parecen incluibles los delitos contra las instituciones del Estado, pero podrían incluirse teóricamente los delitos contra la libertad de conciencia de los art. 522 y 524 a 526; el delito de ultraje del art. 543; las resistencias o desobediencias del art. 556 y los desórdenes públicos de los art. 557 ter y 561.

Se hace evidente que muchos de estos supuestos, como los de aborto, detenciones ilegales, incendios referidos, o alteraciones contables, por sólo referir algunos, aunque pueda interpretarse que encajen en los límites punitivos determinados por la norma, difícilmente responderán a un cuadro factual y probatorio que permita suponer que la terminación del proceso se produzca por la asunción por el encausado y su defensa letrada de una propuesta de sanción elaborada unilateralmente por el Fiscal.

2.3. Cuándo puede incoarse el proceso de aceptación de decreto

En el artículo **803 bis a** al que nos venimos refiriendo, relativo a los *Requisitos del proceso por aceptación de decreto*, se establece al regular el momento y el procedimiento en el que puede darse lugar a la incoación de proceso por aceptación de decreto, que será:

“En cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto (...)”.

Ello supone que la tramitación del proceso es posible, dentro del ámbito material de los delitos que hemos referido, tanto a partir de unas diligencias de investigación de la Fiscalía, como cuando haya ya incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción. Se ha buscado así dotar de amplitud al momento posible de incoación de este procedimiento, dotándole con ello de mayores posibilidades de efectiva aplicación práctica. Se hace preciso analizar, pues, las distintas posibilidades de incoación del nuevo proceso en relación con cada uno de tales cauces procedimentales, las diligencias de la Fiscalía, pero también los distintos tipos de procedimientos judiciales.

Sin embargo, una vez más se ha preterido una oportunidad para renovar las opciones procesales de tramitación de los procedimientos objeto de la jurisdicción de menores, por bien que de largo viene la FGE reclamando la necesidad de articular fórmulas de agilización o enjuiciamiento rápido de determinadas infracciones cometidas por los menores de edad que, por bien que con la flexibilidad de actuación prevista en la LO 5/2000 de 12 de enero, *Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, sólo cuentan con un tipo de procedimiento, el mismo para un hurto flagrante que para un supuesto de homicidio que haya podido protagonizar un menor.

Por lo que se refiere a la posibilidad de instar la incoación del proceso por decreto subsiguiente a la tramitación de unas diligencias de investigación de la Fiscalía, es de considerar que, tras

el frustrado intento de aprobación del Anteproyecto de Código Procesal Penal del año 2013, en la actualización imprescindible de la ley de enjuiciamiento buscada por la reforma de 2015, se han incluido medidas que parecen pretender reforzar el papel activo del Fiscal en la inspección e impulso de las diligencias judiciales.

La frontal colisión de las previsiones legislativas con la realidad práctica de las fiscalías ha sido ya muchas veces denunciada, como en el caso de las previsiones del artículo 324 de la LECrim., en relación con el control de los plazos de duración de la instrucción, y lo mismo ocurre con la regulación de este nuevo proceso por aceptación de decreto.

En el informe del Consejo Fiscal se expone, en referencia añadida al limitado ámbito material de aplicación práctica del nuevo procedimiento y respecto de su posible incoación a partir de unas diligencias de investigación de la Fiscalía, que *“la experiencia demuestra que los delitos que el Fiscal investiga antes de judicializarlos (prevaricaciones administrativas, delitos fiscales...) suelen estar 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”*.

En lo que hace a los delitos leves, estando presidido el procedimiento judicial para los mismos previsto en el Libro VI de la LECrim, por las notas de oralidad, concentración, inmediatez y rapidez, es difícil coonestar tal regulación con la inicial tramitación unilateral y escrita del proceso por aceptación de decreto. Ahora bien, es cierto que la nueva regulación de tal procedimiento ha determinado que de conformidad con el artículo 963.1.1ª de la ley procesal, el Juez deba acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Fiscal en función de la muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho.

Cabe pues considerar la posibilidad de que, solventando por el Fiscal el despacho que ha de recibir en cumplimiento de tal previsión conforme a los criterios establecidos por la Circular 1/15 de la FGE *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*, al tiempo devuelva al Juzgado una propuesta de sanción en forma de decreto, que vendría a aprovechar en tal procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves el inicial trámite escrito previsto ahora por la ley, para aligerar al máximo el resto del procedimiento soslayando incluso la necesidad de celebración del juicio oral con posterior emisión de una sentencia susceptible del correspondiente recurso.

En este sentido y como establece la referida Circular, la sucesión de actos que la norma establece es la siguiente: elaboración del atestado por la Policía, en el curso del cual la propia Policía deberá practicar el ofrecimiento de acciones y las informaciones al denunciante y al ofendido y perjudicado exigidas en los arts. 109, 110 y 967 de la LECrim; acuerdo judicial de incoación del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves, previa comprobación de su relevancia penal; y a continuación traslado al Fiscal para que se pronuncie sobre el archivo por motivos de oportunidad o la celebración del juicio.

Sin embargo, una tan optimista manera teórica de engarzar la nueva regulación del procedimiento para el juicio de delitos leves con el proceso por aceptación de decreto, chocará frontalmente con la realidad, al ser bien difícil, salvo en casos muy concretos, que para el fiscal resulte más eficiente la elaboración del decreto cumpliendo todos los requerimientos formales previstos por la reforma, que la sencilla asistencia que por turno le corresponda a una sesión matutina de juicios por delitos leves.

De hecho, la Memoria de la FGE del año 2016 expone en este sentido que *“un buen número de Fiscalías coinciden en considerar que lo que inicialmente parecía una herramienta novedosa que iba a dar bastante juego ha cedido ante el trabajo rutinario de los juzgados, siendo su uso muy escaso. Muchos Juzgados no pasan ningún procedimiento para informe previo, realizando el señalamiento a juicio oral de forma directa, decidiéndose por el Fiscal la aplicación del prin-*

cipio de oportunidad en el propio acto del juicio oral por delito leve, lo cual no responde a la previsión del Legislador que pretendía el uso de esta herramienta para aliviar a los Juzgados de la carga de asuntos en los que no existe interés público en su punición”.

Y en la misma Memoria se expone que *“La Fiscalía de Jaén considera que el nuevo proceso por aceptación de decreto es de aplicación a los delitos leves, ya que en el nuevo artículo 803 bis a) de la LECrim sólo se dice «procedimiento judicial» por lo que es de aplicación a todo tipo de procedimiento judicial siempre que el delito investigado sea de los que esté comprendido en el número 1 del referido artículo 803 bis a, como es el caso de los delitos leves de usurpación de bien inmueble y las defraudaciones de energía, fluido y telecomunicaciones, al igual que el resto de delitos leves, pero lo que ocurre es que la ausencia de investigación judicial en estos procedimientos dificulta la utilización del nuevo proceso por aceptación de decreto en determinadas infracciones penales, como por ejemplo en los delitos leves de lesiones, en base solamente a la denuncia del perjudicado y sin haber oído al denunciado, pero sí es posible utilizarlo en aquellas infracciones como el delito leve de usurpación de un inmueble que se suelen iniciar por un atestado policial en el que constan la totalidad de los datos necesarios para formular la acusación y por ello para realizar el decreto al que se refiere el artículo 803 bis c de la LECrim. La utilización de este nuevo procedimiento tiene sus ventajas, de un lado para el Ministerio Fiscal, pues una vez realizado el decreto y remitido al Juzgado no ha de desplazarse al mismo por no ser necesaria ya su presencia física, evitando con ello la pérdida de tiempo que supone el desplazamiento y de otro, para los denunciados que por la degradación sobrevenida de delito menos grave a delito leve no se ven perjudicados en la posibilidad de la conformidad premial que tenían cuando estas infracciones eran delito menos grave”.*

En lo que hace a los delitos objeto de diligencias previas de procedimiento abreviado, teniendo en cuenta la propensión práctica que tienen los juzgados de instrucción a derivar para informe del Fiscal, a veces en bloque, las diligencias previas que tramitan, lo cierto es que se abre una posibilidad de resolución de no pocas de tales diligencias -caso de que hasta el traslado hayan sido oportunamente practicados los trámites que para su práctica de oficio por el juzgado se prevén en la ley-, a través de la formulación de una propuesta de sanción en forma de decreto que efectivamente sirviera, como pretende el legislador, para ahorrarse un reseñable porcentaje de juicios orales con sus posteriores recursos.

Sin embargo, de nuevo, al valorar las posibilidades de éxito de este nuevo proceso por aceptación de decreto, se choca con la realidad práctica, por las insuficiencias propias de este proceso como un método de conformidad no negociada en el que, salvo que la que se interese sea precisamente la pena mínima, no hay por qué esperar una efectiva conformidad por parte de la defensa, que compense la alteración de los cauces normales de funcionamiento de la Fiscalía en sus labores.

Y ello sin contar con que los sistemáticos traslados acostumbrados por muchos juzgados de instrucción de sus diligencias para informe por el Fiscal, no van precedidos de la práctica de las mínimas diligencias cuya realización, guste o no, debiera haber acordado ya el órgano judicial que en nuestro modelo de proceso penal mantiene la dirección de la investigación procesal.

Desde luego, fuera ya las diligencias previas de procedimiento abreviado, en el caso del procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos, la agilidad de la comparecencia oral prevista en el artículo 798 de la LECrim, así como su mucho más amplio ámbito de aplicación práctica, por los delitos cuya investigación puede vehicular, difícilmente se va a ver superada por la incidencia práctica de este proceso por aceptación de decreto.

GONZÁLEZ CUELLAR considera que el Fiscal *“podrá emitir el correspondiente decreto para su comunicación al interesado por el Juzgado, discrecionalmente y en paralelo a la sustentación de las diligencias de investigación o actuaciones judiciales que corresponda seguir, las cuales normalmente quedarán materialmente suspendidas a la espera del resultado de la proposición*

*de imposición de pena para evitar un trabajo que sería superfluo en caso de que la utilización de la fórmula consensual tuviera éxito*²⁶.

Tal podría interpretarse como una novedad operativa en relación con la limitación temporal de mantenimiento de las diligencias de la Fiscalía establecida en el artículo 773 de la LECrim, que recoge que cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos. Ahora bien, el mismo precepto establece que corresponde al Fiscal durante la tramitación de las diligencias previas, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

Como más arriba se ha apuntado, se ha planteado la aplicación de las previsiones de este procedimiento también en los supuestos competencia del Tribunal del Jurado. Aunando en su explicación tanto las dificultades prácticas de un método de aceleración del procedimiento que busca una solución consensuada del mismo, pero no previamente negociada, con la posibilidad de su extensión a los delitos competencia del Jurado merced a la extensión por enmienda en el Senado de la aplicación práctica del proceso por decreto a todos los procedimientos judiciales, CRESPO BARQUERO expone que *“Respecto del procedimiento de jurado, la aplicación de esa regla penológica en relación con los tipos enumerados en el criticado art. 1.2 de la L.O. 5/1995, que encajen en sus límites, puede arrojar un resultado del que con seguridad el legislador no ha sido consciente. Se ofrece un instrumento formal para llevar al proceso por jurado la conformidad premial que hasta ahora no estaba expresamente prevista, y cuya aplicación era discutida por la doctrina, en general tendente a cierto forzamiento hermenéutico de la letra de la ley. Eso sí, como se ha expuesto se trata de una conformidad no negociada; pero, en este concreto supuesto en que no hay alternativa, no es fácil llegar a la conclusión de que la ley prohíba -ni que fuera eficaz intentarlo- que el Fiscal hable con las partes antes de dictar un decreto que, mediante la rebaja de un hasta un tercio de la pena -ahora sí legalmente posible con toda claridad- puede evitar la celebración del juicio de jurado. Quizá este inesperado efecto colateral de la enmienda introducida en el Senado permita hallar solución dentro de una aplicación estricta de la ley a un número considerable de estos casos en que la desproporción entre la gravedad o complejidad del delito y el despliegue de medios necesario para enjuiciarlo ha conducido en la práctica a toda una picaresca procesal para evitar que el asunto llegue a la vista oral con tribunal popular*²⁷.

Sin embargo, y resolviendo una eventualidad semejante de tramitación en tal caso de la investigación de delitos competencia del Jurado por el procedimiento para el juicio de delitos leves, la antes ya citada Circular 1/15 de la FGE estableció en referencia al delito de omisión del deber de socorro que *“sigue atribuido al conocimiento del Tribunal del Jurado, conforme a lo dispuesto en el art. 1.2, c) LO 5/1995, de 22 de mayo, y ha de sujetarse en consecuencia al correspondiente procedimiento especial”*.

El Consejo Fiscal, respecto de los delitos competencia del Tribunal del Jurado proponía en su informe previo a la reforma *“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*

²⁶ Cit. página 82.

²⁷ Crespo Barquero, Pedro, El proceso por aceptación de decreto. Análisis de la reforma legal, Formación Continua CEJ 2016.

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”.

La referencia legislativa al Juzgado de Instrucción como el competente para la tramitación del procedimiento, también vendría excluir la aplicación de este proceso en los delitos competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en los que los asuntos tramitados no admiten una solución estandarizada.

La misma razón de especialidad excluiría los asuntos competencia del Juzgado Central de Instrucción, ya incompatible por mera referencia al ámbito material de su competencia.

2.4. Cómo tramita el fiscal el decreto

La nueva regulación supone la posibilidad, pues, de pasar de unas diligencias de investigación en Fiscalía a la condena del encausado, tras la mera autorización judicial del decreto del Fiscal, pero sin que ningún juez le tome declaración a aquél, y a través de la formalización como sentencia del decreto, tras una comparecencia oral grabada en soporte audiovisual.

Es bien cierto que en no pocas ocasiones en el Juzgado de lo Penal, ante la formalización de una conformidad negociada en pocos minutos antes de la celebración de la vista, quienes en el procedimiento intervenimos nos hemos planteado qué sentido tiene que esa conformidad no se hubiera hecho ya antes, evitando tantos trámites como debieron realizarse con el consiguiente coste, incluida la citación de los testigos que aguardan a la puerta de la sala.

No se trata de sobrevalorar la impaciencia de quienes esperan para saber si deben testificar o hicieron su viaje en balde porque el juicio, como debía ser previsible, no se celebrará, resolviéndose el caso a través de una conformidad. Y, evidentemente, no se trata de incidir sin más en el coste económico de la tramitación del proceso. Lo que se ha de subrayar es la inconsistencia del sistema, en las no pocas ocasiones en que la falta de la herramienta procedimental adecuada, no hace sino demorar la resolución de supuestos de escasa entidad.

Otra cosa es que la limitación material del objeto de este nuevo proceso por aceptación de decreto y la propia inadecuación de la configuración inicial del proceso judicial, vayan a impedir que tenga mayor aplicación práctica. Por ello el Consejo Fiscal, en su informe sobre la reforma, exponía 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, es bien cierto 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, resulta 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.

Añadía el informe que *“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”*.

La regulación legal de la tramitación se contiene en estos dos preceptos:

Artículo 803 bis c. Contenido del decreto de propuesta de imposición de pena.

El decreto de propuesta de imposición de pena emitido por el Ministerio Fiscal tendrá el siguiente contenido:

1.º *Identificación del investigado.*

2.º *Descripción del hecho punible.*

3.º *Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.*

4.º *Breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida.*

5.º *Penas propuestas. A los efectos de este procedimiento, el Ministerio Fiscal podrá proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.*

6.º *Peticiones de restitución e indemnización, en su caso.*

Artículo 803 bis d. Remisión al Juzgado de Instrucción.

El decreto de propuesta de imposición de pena dictado por el Ministerio Fiscal se remitirá al Juzgado de Instrucción para su autorización y notificación al investigado.

De tales previsiones legislativas se ha criticado su deficiente técnica, no ya por lo examinado respecto de la referencia a la “pena de prisión que deba ser sustituida” y a las “penas propuestas”, sino ya por la referencia, en lugar de a la calificación legal de los hechos, a la “indicación del delito”; lo mismo que la referencia a las peticiones de restitución o indemnización, en su caso, olvida la posibilidad de reparación del daño prevista en el artículo 112 del CP, como contenido de la responsabilidad civil procedente y derivada de la comisión de un hecho previsto como delito.

Objeto de particular crítica también lo ha sido el hecho de que, sin tratarse de su exposición oportuna en juicio oral y sin garantías de evitar su efectiva celebración, el Fiscal se vea abocado a indicar la mención sucinta de la prueba existente. Sin embargo, no se puede en esto obviar que la intención del legislador es aplicar el proceso a supuestos delictivos en los que la tipicidad de los hechos dependa de la concurrencia de elementos facticos fácilmente patentables, pues si se tratara de revelar una línea de investigación más complicada no nos encontraríamos ya ante este proceso por aceptación de decreto.

BARONA VILAR²⁸ considera, en este sentido, que “*al hablar de prueba ha de entenderse en estos casos y teniendo en cuenta el momento procesal en que el decreto se va a emitir, que fundamentalmente se centrará en los medios de prueba preconstituídos y en cuantos elementos formen parte del atestado que se generó como consecuencia de la comisión de los hechos delictivos*”.

La mención que desde luego no es afortunada, es la del apartado 5º del artículo 803 bis c, cuando se refiere a la proposición de pena reducida “hasta en un tercio”. Es cierto que habilita un margen de maniobra flexible al Fiscal en la proposición de pena, pero también lo es que tratándose de una propuesta no negociada y considerando la imperativa reducción en un tercio de la pena en toda conformidad vehiculada a través de un juicio rápido -desde un inicio tramitado como tal o reconducido por el juez instructor a tal tramite por la vía del artículo 779.1.5ª-, ninguna posibilidad de éxito tendrá una propuesta de pena del Fiscal que no agote las posibilidades de reducción de la pena que el investigado sabrá que podrá obtener a través de esos otros cauces procedimentales.

La referencia legal es tan equívoca que ha llevado a algunos autores a interpretar que la rebaja en hasta un tercio de la pena únicamente va referida a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores²⁹.

²⁸ Barona Vilar, Silvia, en Derecho Jurisdiccional III, Tirant Lo Blanch 2015, Madrid, página 611.

²⁹ Gimeno Sendra, Vicente, Derecho Procesal Penal, Civitas Pamplona, 2015, página 1044.

Ahora bien, es de subrayar que la tramitación parlamentaria del proyecto legal salvó el principal objeto de crítica de la propuesta inicial de reforma, que no incluía la rebaja de la pena derivada de la asunción por el encausado de la propuesta de sanción contenida en el decreto del Fiscal.

Por lo demás, la manera de redactar el decreto no se diferenciará, en esencia, de la empleada para la elaboración de un escrito de calificación provisional, de acuerdo a las previsiones del artículo 650 de la LECrim., al que remite para la elaboración del escrito de acusación en el procedimiento abreviado el artículo 781 de la misma, debiendo también resolverse respecto de la eventual suspensión de la pena de prisión, previo pronunciamiento de las partes, en las conformidades tramitadas conforme a las previsiones de los artículos 787 o 801 de la LE-Crim.

CRESPO BARQUERO³⁰, en referencia a las posibilidad de petición del Fiscal como pena en concreto aplicable de una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, en cuanto que condiciones establecidas ex artículo 84 del CP para la suspensión de la pena prisión prevista en el delito, considera que sería conveniente y adecuadamente garantista, como parece pretender serlo el legislador, que, *“aunque la ley no lo diga, en el caso de entender sustituible una pena de prisión, el Fiscal haga constar de manera expresa en el decreto no solo “la pena en concreto aplicable”, sino también la concreta pena de prisión suspendida, e incluso el módulo de conversión empleado, que servirá de instrumento de cálculo del abono en caso de revocación de la suspensión”*.

Pero no se regula de modo concreto dónde se dicta el decreto del Fiscal. Si habrá de incoar unas diligencias de Fiscalía en cuyo seno dictar el decreto o puede, en atención a la regulación legal, presentar directamente un decreto en la causa ya abierta en el Juzgado, no es algo que el legislador se haya ocupado de aclarar. Quizá porque tiene una sostenida costumbre de obviar la regulación del modo de actuación de la Fiscalía, según recordaba la Circular 4/2013, *de las diligencias de investigación*.

En el caso de que la tramitación del decreto proviniera de unas diligencias de investigación de la Fiscalía, que se judicializan con una propuesta contenida en el decreto para su aceptación como condena por el encausado, no parece haber duda, el Juzgado habría de incoar las diligencias correspondientes a la gravedad del delito investigado.

Pero en el caso de que un decreto del Fiscal irrumpa en una causa ya abierta en el Juzgado, no se aclara de dónde viene, revelándose una nueva consecuencia práctica del proceso por aceptación de decreto que lo hace muy poco práctico. En Fiscalía habrán de haberse incoado las correspondientes diligencias, autorizadas por el Fiscal Jefe respectivo, y el decreto deberá ser oportunamente visado; lastre procedimental previo, por la duplicidad de procedimientos en Fiscalía y Juzgado, a sumar al tortuoso viaje a la nada que puede esperarle a un decreto que finalmente no sea aceptado por el encausado.

2.5. Qué control judicial cabe sobre el decreto del fiscal

La regulación legal de la convalidación judicial del decreto del Fiscal y su traslado al investigado, se contiene en los dos siguientes preceptos:

Artículo 803 bis e. Auto de autorización.

1. El Juzgado de Instrucción autorizará el decreto de propuesta de imposición de pena cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 803 bis a.

2. Si el Juzgado de Instrucción no autoriza el decreto, éste quedará sin efecto.

³⁰ Crespo Barquero, Pedro, El proceso por aceptación de decreto. Análisis de la reforma legal, Formación Continua CEJ 2016.

Artículo 803 bis f. Notificación del auto y citación de comparecencia.

1. Dictado auto de autorización del decreto por el Juzgado de Instrucción, lo notificará junto con el decreto al encausado, a quien citará para que comparezca ante el tribunal en la fecha y en el día que se señale.

2. En la notificación del decreto se informará al encausado de la finalidad de la comparecencia, de la preceptiva asistencia de letrado para su celebración y de los efectos de su incomparecencia o, caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto. También se le informará de que, en caso de no encontrarse defendido por letrado en la causa, debe asesorarse con un abogado de confianza o solicitar un abogado de oficio antes del término previsto en el artículo siguiente.

En la redacción legal, con la autorización judicial del decreto el investigado deja de serlo para pasar ostentar la cualidad de encausado y, ya al margen de la trascendencia que ello pueda tener, considerando que ninguna valoración de los hechos o su imputación subjetiva realiza, en principio, el Juez de Instrucción, lo que debe determinarse es por ello hasta dónde alcanza el control judicial del decreto del Fiscal.

Si el Juez autoriza el decreto cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 803 bis a, es de ver que tales requisitos son meramente formales y abstractos, relativos a una calificación delictiva y su correspondiente previsión punitiva.

Pero implican valorar necesariamente tal calificación, desde luego también la previsión de la pena, lo que incluye que la pena de prisión pueda ser suspendida o no en los términos del artículo 80 del CP, que sin embargo reserva tal decisión al Juez, y también que no esté personada acusación particular o popular en la causa, personamiento cuya admisión depende del mismo Juez.

La convalidación judicial del decreto no puede por tanto pretenderse como meramente formal, desde luego en lo que hace a la posibilidad de suspensión de la pena de prisión, considerando los términos del artículo 80 del Código Penal, particularmente, tras su reforma por LO 1/15 de 30 de marzo. El Juez, ya al margen de la necesaria concurrencia de unos límites punitivos que en este proceso se han de cumplir necesariamente, o de la ausencia de antecedentes penales computables, ha de valorar las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Y ello a mayores de valorar, respecto del eventual cumplimiento pendiente de la responsabilidad civil, la fijación de un plazo prudencial para su cumplimiento o el establecimiento de las garantías que considere convenientes.

La constatación fehaciente de la existencia o no de antecedentes penales deberá hacerse por el Juez en su causa, y del mismo modo, en su causa deberá el Juez constatar o no la existencia de otros interesados en la misma, eventuales perjudicados que puedan personarse como acusación particular o popular, como después hemos de examinar por referencia a la normativa del Estatuto de la Víctima del Delito.

Sí cabe anotar que, en la decisión sobre la suspensión, aunque no es posible la tramitación del proceso por aceptación de decreto si hubiera personada una acusación particular o popular en la causa, debe considerarse la exigencia del artículo 80.6 del Código Penal que engloba a delitos semipúblicos que se podrían tramitar por este proceso. El precepto establece que “En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”. Respecto de la no participación en este proceso del el perjudicado trataremos en el punto siguiente.

Ante el pronunciamiento judicial sobre la autorización del decreto, es preciso plantearse las posibilidades de impugnación de tal decisión judicial, tanto de dictarse un auto que autoriza el decreto, como en el caso contrario.

El auto que autoriza el decreto no es planteable que lo recurra la defensa una vez personada, pues con no asumir la propuesta sancionadora aquel queda sin efecto. Salvo una eventual pretensión de quien quisiera personarse como acusación particular o popular, nadie resta que pudiera pretender recurrirlo.

Se ha señalado que la ley no excepciona de la eventual interposición de recurso el auto que no autorizase el decreto, que por tal auto establece la norma que quedará sin efecto. GONZALEZ CUELLAR considera que interpretar que el Auto no autorizante fuese susceptible de recurso sería incompatible con la agilización procedimental y descarga de trabajo buscada por la ley.

El mismo autor explica que *“proceso por aceptación de decreto se basa en el consenso y no en la convicción. Se asienta en los indicios y en la voluntad, al margen de la prueba y el conocimiento del hecho. El proceso prescinde así de la investigación y el enjuiciamiento y sitúa la solución del conflicto creado por el delito en el campo de la autonomía personal”*³¹.

En este sentido y respecto del ejercicio de la potestad jurisdiccional en los supuestos de conformidades entre la acusación y la defensa en torno a los hechos objeto del proceso y la procedencia de las penas a derivar de los mismos, tiene sentada una doctrina sólida el Tribunal Supremo, que recordamos expuesta en un curioso supuesto resuelto por ATS 8068/2015 de 8 de octubre al resolver un recurso de revisión, en el que el condenado que lo había sido por una conformidad en un delito de abusos sexuales, pretendía que desconocía con lo que se conformó, que si prestó su conformidad, según la defensa que recurrió en revisión al TS, lo hizo en la creencia de que lo que estaba reconociendo era que conocía y estaba informado de los hechos denunciados y del delito que se le imputaba, no que reconociera tales hechos, que se pretendía que había negado desde el primer momento en sede policial y posteriormente en sede judicial³².

El TS resolvió, en términos que explican la naturaleza y alcance del control judicial sobre las conformidades alcanzadas entre acusación y defensa, que “no existe hecho nuevo alguno de tal naturaleza y trascendencia que evidencie la inocencia del condenado, pero es que además la sentencia fue dictada hace ocho años de conformidad, esta se basa en la absoluta asunción de culpabilidad del acusado, que acepta los hechos y la acusación más grave contra él formulada dentro de los límites de la conformidad ordinaria o de la conformidad privilegiada. Precisamente por haberlos aceptado, el juicio se celebra sin necesidad de practicar prueba sobre los hechos admitidos”.

Y sigue exponiendo el TS, “el Juez o Tribunal controla también, en tales supuestos, tanto la corrección de la calificación y de la pena -artículo 787.3 LECR -, pues de no ser correctas pena o calificación debe ordenar la continuación del juicio, así como la prestación libre de la conformidad - artículo 787.4 LECR -. El Abogado defensor igualmente presta conformidad y puede solicitar la continuidad del juicio, pese a la conformidad prestada por el acusado. Todo ello significa, no que se condene sin pruebas de cargo bastantes en los supuestos de conformidad, sino que la confesión del acusado, libremente prestada y controlada jurídicamente por el juez y su defensor, constituye una prueba eficaz y legítima que enerva el derecho a la presunción de inocencia. Más la conformidad posee su propio estatuto procesal. De un lado, el comporta-

³¹ Cit. página 84.

³² En el caso el informe del Fiscal explicó que “el declarante manifestó ser abogado de profesión y haber trabajado en Italia como Juez honorario, función equivalente en nuestro país a la de juez sustituto, lo que entra en evidente contradicción con la alegación del desconocimiento técnico sobre el alcance de la conformidad que prestaba, por cuanto en su país de origen existe la figura procesal equivalente el patteggiamento, que habiendo trabajado como Juez honorario e intervenido en juicios, como consta manifestó en su declaración, debía necesariamente conocer. Por todo ello, el Fiscal Suplica a la Sala que tenga por despachado el trámite de audiencia conferido y dicte auto denegando la interposición del recurso de revisión, de conformidad con el art. 957 de la Ley Procesal”.

miento del acusado que se conforma es premiado en el ámbito del procedimiento urgente, con el privilegio de la reducción de la pena en un tercio - artículo 801 LECR -. De otro lado, la sentencia que se dicta únicamente es recurrible cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, pero no por cuestiones de fondo- artículo 787.7 LECR”.

Respecto de la naturaleza del control judicial del que tratamos expone CRESPO BARQUERO³³, *“que un juez de instrucción español adquiera conciencia de esa limitación de su función es probablemente contrario (...) al código genético de nuestro modelo procesal y de su propia “cultura” profesional, a la que es inherente la confusión de las funciones de investigador y árbitro. Pero la ley, en su honda contradicción sistémica, dice lo que dice, y por tanto cuando se le exige comprobar que el encausado comprende el sentido y las consecuencias de su decisión, debe – o debería- quedar claro que eso es en realidad lo único que se le autoriza a comprobar. Constatada la conformidad consciente del acusado con el decreto “en todos sus términos” –art. 803 bis.i)- es decir, con todo “lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización” –art. 803 bis h).2-, el juez está obligado a atribuir a dicho decreto “el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria” –art. 803 bis. i)-. Y esa sentencia “no será susceptible de recurso alguno”.*

Sin embargo, sí se han dado opiniones favorables a un mayor grado de control judicial respecto de la propuesta sancionadora del Fiscal, considerando que por tratarse una actuación judicial de autorización, habrá que entender que la motivación del auto deberá centrarse en la determinación de si, a la vista de los diferentes presupuestos de hecho, prueba existente, fundamentos de derecho y propuestas de penas y de responsabilidad civil que debe contener el decreto, especificados en el artículo 803 bis c, se ajusta la propuesta a las exigencias de aplicación establecidas en la ley³⁴.

2.6. Qué intervención tienen en el procedimiento el investigado y la víctima del delito

En cuanto a la víctima o perjudicado, evidentemente, en la regulación legal de la comparecencia para aceptación de decreto no se refiere su participación directa, pues ya el artículo 803 bis a proscribía la tramitación de este proceso si estuviera personada acusación popular o particular en la causa, según vimos antes.

Es lo cierto que, ordinariamente, la tramitación de este proceso vendrá referida a supuestos delictivos sin una víctima personal determinada, sino con un bien jurídico protegido de carácter público, como un delito de desobediencia o un delito contra la seguridad vial.

Ahora bien, en caso contrario, que se proscriba la participación de víctimas o perjudicados como acusación, no quiere decir que se les pueda preterir, ni por parte del Fiscal ni de igual forma por parte del Juez de Instrucción. De nuevo atendiendo a las normas generales, establece el artículo 773.2 de la misma LECrim., que “cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente”.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, dispone que “toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre (...)b) Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación”.

³³ Crespo Barquero, Pedro, El proceso por aceptación de decreto. Análisis de la reforma legal, Formación Continua CEJ 2016.

³⁴ Encuesta Jurídica Abril 2016, Editorial SEPIN, Narváez Rodríguez, Antonio.

Y para las diligencias previas dispone el artículo 776 de la LECrim, que el Letrado de la Administración de Justicia “informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial”.

Es también cierto, pues, que el Fiscal ha de garantizar una adecuada información de sus derechos a eventuales víctimas o perjudicados por el hecho objeto del delito a que se refiera el proceso. Y ha de procurar no obviar sus intereses legítimos, incluso en relación con un eventual personamiento, que la nueva redacción de los artículos 109, 109 bis y 110 de la LeCrim, les permite hasta el trámite de calificación del delito. Con razón se ha denunciado, y se pone de manifiesto en aspectos como éste, la inadecuación de las previsiones legislativas sobre este nuevo proceso, en relación con la realidad práctica Juzgados y Fiscalías.

Resta referirnos al investigado. Venimos de ver en el *artículo 803 bis f* que, en el caso de dictarse auto de autorización del decreto, pasa a tener la condición de encausado, que se le notifica el mismo auto de autorización y también el decreto, citándosele para que comparezca “en la fecha y en el día que se señale”, evidente reiteración que ha de referirse a una fecha y en una hora concreta.

Además, en tal precepto se da contenido a una información *ad hoc* al encausado; de la finalidad de la comparecencia; de que sin abogado no se podrá celebrar la comparecencia con la consiguiente suspensión, sobre la que después trataremos; y también de que es su derecho aceptar o no la propuesta de pena contenida en el decreto. Se asegura además en la misma notificación que, en el caso de que el encausado no tenga aún letrado designado, lo designe o solicite uno del turno de oficio.

Ahora bien, la norma especial no desplaza en este caso la aplicación de la norma general, prevista en el artículo 118 de la misma LECrim., lo cual es relevante, en cuanto al elenco de derechos en el mismo incluidos, pues desde luego el encausado podrá actuar su derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, ex artículo 118.1 c).

Pero quizás tanto más relevante que la garantía del derecho de defensa del encausado, incontestablemente objeto de particular preocupación del legislador al diseñar el proceso por aceptación de decreto, lo es reparar en la necesaria notificación del auto que no autoriza el decreto.

Volviendo al mismo artículo 118, establece en su apartado 5 que “la admisión de denuncia o querrela, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables”. Luego también habría de considerarse precisa la notificación judicial del auto dictado por el juzgado, necesariamente perteneciente a una causa judicial, la incoada para dar lugar a la tramitación del decreto y a la que se le deberá dar el cauce que corresponda como veremos que establece el *artículo 803 bis j*.

En cuanto a la necesaria intervención del letrado, la previsión legal específica al respecto, nada equívoca, hace incontestable la indefectible asistencia letrada aun en el caso de que se ventilara la condena por un delito leve, única eficaz garantía externa a la actuación del propio Fiscal en este procedimiento sin enjuiciamiento judicial, sino de mero control de legalidad de una conformidad corroborada por el consentimiento informado del encausado.

Además, en la norma se establece un plazo de garantía previo, los cinco días hábiles previos a la celebración de la comparecencia para aceptación o no del decreto, para asegurar el adecuado asesoramiento del encausado. Dispone así el **artículo 803 bis g**, bajo la rúbrica de **Solicitud de asistencia letrada**.

“Si el encausado carece de asistencia letrada se le designará abogado de oficio para su asesoramiento y asistencia.

Para que la comparecencia pueda celebrarse, la solicitud de designación de abogado de oficio debe realizarse en el término de cinco días hábiles antes de la fecha para la que esté señalada”.

En cuanto a la comparecencia del encausado para formalizar su aceptación de la propuesta de pena del Fiscal, dispone el **artículo 803 bis h**, bajo la rúbrica, **Comparecencia**:

1. Para la aceptación de la propuesta de sanción el encausado habrá de comparecer en el juzgado de instrucción asistido de letrado.

2. Si el encausado no comparece o rechaza la propuesta del Ministerio Fiscal, total o parcialmente en lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización, quedará la misma sin efecto. Si el encausado comparece sin letrado, el juez suspenderá la comparecencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 746 y señalará nueva fecha para su celebración.

3. En la comparecencia el juez, en presencia del letrado, se asegurará de que el encausado comprende el significado del decreto de propuesta de imposición de pena y los efectos de su aceptación.

4. La comparecencia será registrada íntegramente por medios audiovisuales, documentándose conforme a las reglas generales en caso de imposibilidad material.

Como vimos antes que destacaba la Memoria de la FGE, una de las ventajas de este proceso es que no exige la asistencia del Fiscal a esta comparecencia. Desde luego, si se exigiera tal asistencia en todo caso, ninguna ventaja operativa para el Fiscal, de ahorro de trámites procedimentales, tendría este nuevo proceso. Los procesos por aceptación de decreto relativos a delitos leves con presencia del Fiscal en la comparecencia, carecerían de ventajas operativas respecto a las citaciones ordinarias para celebración del juicio ordinario, bastante más flexible. Y si se tratara de un proceso relativo a un delito con pena incluida dentro de los límites del artículo 801 (que es más amplio que el previsto para este proceso), las ventajas operativas para alcanzar una conformidad de la comparecencia prevista en tal precepto, superan con mucho las que tendría la presencia del Fiscal en la comparecencia ahora regulada para la aceptación del decreto, que sólo se configura para que el encausado acepte o no la propuesta de sanción, si es que comparece.

2.7. Para qué puede servir el nuevo procedimiento

La regulación del proceso por aceptación de decreto se cierra con la previsión de la conversión del decreto en sentencia en caso de aceptación de la propuesta de sanción por el encausado, dejando como única alternativa la pérdida de sentido del esfuerzo realizado en la propuesta del decreto por el Fiscal, pues sin aceptación del encausado el decreto deviene ineficaz. Así se regula en la ley.

Artículo 803 bis i. Conversión del decreto en sentencia condenatoria.

Si el encausado acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno.

Artículo 803 bis j. Ineficacia del decreto de propuesta de pena.

Si el decreto de propuesta de pena deviene ineficaz por no ser autorizado por el Juzgado de Instrucción, por incomparecencia o por falta de aceptación del encausado, el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por su contenido y proseguirá la causa por el cauce que corresponda.

El problema es, pues, cómo amoldar la actual distribución de funciones entre Fiscal y Juez de Instrucción a esta herramienta procesal. En la situación actual la responsabilidad del impulso

de la instrucción penal no se atribuye definitivamente a aquel que la dirige. Y quien la dirige no es quien va a resolver sobre su resultado final, pues la acusación es la que, en su momento, decidirá qué es lo que llevará a juicio, dentro del margen que le permita la resolución judicial de la fase intermedia, pero determinando en última instancia el planteamiento del objeto del juicio oral. Al juicio oral se llega tan tarde que acaba desdibujándose como verdadero escenario de resolución del proceso. Dejar en manos del Fiscal una herramienta que en los casos más sencillos y evidentes permita saltarse tal fase de juicio oral, carece de sentido si antes no se le permite dirigir de modo efectivo la propia tramitación inicial del procedimiento, que debiera dejar de entenderse sino como fase de preparación del juicio oral.

No resultará más ágil para el Fiscal, e incluso difícilmente le resultará posible en muchos casos, resolver a través de una propuesta cerrada de condena la tramitación de asuntos penales que no instruye de modo directo, en los que sin contacto previo con la defensa y sin posibilidad material de contar con todos los datos precisos, no podrá formular acusación de modo solvente.

Si pensamos en este proceso como instrumento de potenciación de las diligencias de investigación de la Fiscalía y su terminación con traslado a la autoridad judicial, no ya para la apertura de la correspondiente instrucción penal de los hechos previamente esclarecidos, sino como propuesta cerrada de imposición de una pena, nos encontraremos, de principio, con la inadecuación del instrumento al objeto sobre el que suelen versar aquellas diligencias tal cual vimos que denunciaba el Consejo Fiscal, pero sobretodo, con la inconsistencia de hacer descansar sobre una Fiscalía carente de medios materiales, dotación de personal y de los mecanismos procesales de actuación precisos, la responsabilidad de poder desarrollar, con garantías, semejante tarea.

Quedarán sin duda asuntos sencillos, que puedan vehicularse a través del nuevo procedimiento, pero cabe temer que sean estadísticamente irrelevantes y que, de nuevo, se haya perdido una oportunidad de impulsar un nuevo modelo de proceso penal, que ya entrado el siglo XXI no hemos conseguido alcanzar, entretenidos en avanzar en modelos de gestión administrativa pretendidamente eficiente de la carga de trabajo de la Justicia Penal.

El decomiso. Perspectiva procesal. Especial referencia al nuevo procedimiento de decomiso autónomo

Autor: José Perals Calleja
Fiscal Audiencia Nacional

Resumen

Mediante el presente trabajo se pretende dar una visión genérica a la figura del decomiso que ha sido objeto de una importante reforma legal en el año 2015, tanto desde el punto de vista sustantivo, mediante la aprobación de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, como en el plano procesal, a través de la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Así pues, el estudio que se realiza es doble, aunque centrándolo en el plano procesal y desde un prisma práctico y con indicación de la jurisprudencia aplicable.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es tratar el decomiso desde una perspectiva procesal, teniendo en cuenta las novedades que en la materia se han producido como consecuencia de las abundantes reformas legales que se han producido en el ámbito penal en el año 2015. Ahora bien, el decomiso es una figura jurídica regulada esencialmente en el Código Penal, con unas características que también han sido reformadas, por lo que será necesario hacer primero un examen de la figura del decomiso desde un punto de vista sustantivo y, posteriormente, abordar las cuestiones procesales y, en especial, el nuevo procedimiento de decomiso autónomo.

En efecto, la regulación del decomiso ha sido modificada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal¹, de tal manera que sigue encontrándose dentro del Título VI del Libro I del Código Penal (que trata “De las consecuencias accesorias”), y tras los títulos relativos a las penas (III), las medidas de seguridad (IV) y la responsabilidad civil (V), pero ahora lo hace en los nueve preceptos que van del art. 127 al art. 128 Código Penal.

La finalidad de la reforma ha sido principalmente la de ampliar esta figura jurídica de acuerdo con la normativa internacional, principalmente la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y productos del delito en la Unión Europea, y con la finalidad de dotar a los Tribunales de unas normas que permitan luchar contra la delincuencia organizada de una manera efectiva, persiguiendo el enriquecimiento logrado como consecuencia de la actividad delictiva.

En primer lugar, cabe destacar que la reforma ha supuesto la modificación del término “comiso” por “decomiso” en todos los preceptos del Código Penal, en virtud del artículo 260 de la L.O. 1/2015, según el cual *“todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término “comiso” se sustituyen por el término “decomiso”*. El cambio del término, que no está explicado en el Preámbulo de la Ley, se debe a la necesidad de acomodar el lenguaje jurídico a las especificaciones del Diccionario de la Real Academia Española que en su última edición de 2014 ya no define el término “comiso”, sino que esta acepción la remite al ahora utilizado término de “decomiso”.

¹ Publicada en el BOE de 31 de marzo de 2015, con fecha de entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

La reforma ha supuesto también la supresión de las referencias al decomiso de las faltas, infracciones que han desaparecido del Código Penal, siendo sustituidas en la mayoría de los casos por delitos leves, que también tienen como consecuencia accesoria el decomiso.

Y se ha producido la introducción de siete artículos en el Código Penal, regulando nuevas figuras de decomiso, aunque sin una sistematización comprensible: 1º) el decomiso “ordinario” se mantiene en el art. 127 en sus apartados 1 y 2; 2º) el “decomiso ampliado”, en los arts. 127 bis, 127 quinquies y 127 sexies; 3º) el “decomiso sin sentencia” o “decomiso autónomo”, en el art. 127 ter; 4º) el “decomiso de bienes transferidos a terceros” en el art. 127 quater; 5º) el “decomiso sustitutivo” o “por valor equivalente” en los arts. 127.3, 127 bis 3, 127 quater y 127 septies; y 6º) las medidas cautelares en el art. 127 octies.

Pero el decomiso, a pesar de estar regulado ampliamente en el Código Penal tiene también una importante naturaleza procesal que igualmente ha sido reformada en el año 2015, en primer lugar, con las medidas para acordar la realización anticipada de los efectos judiciales, en los arts. 367 bis a 367 septies LECrim., que permiten la adopción de medidas cautelares para asegurar el decomiso, y que han sido modificados parcialmente por la L.O. 1/2015 en su Disposición Final 2ª; y en segundo lugar, en los arts. 803 ter a 803 ter u LECrim., introducidos en la misma por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales², que introduce en el Libro IV (Procedimientos especiales) un nuevo Título III ter con la rúbrica “*De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo*”.

Así mismo, debe tenerse en cuenta la posibilidad de solicitar el decomiso dentro de los países de la Unión Europea, de conformidad con la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En los arts. 157 a 165 de la Ley se regula la posibilidad de transmisión de una resolución de decomiso por los Jueces o Tribunales penales que conozcan de la ejecución de la sentencia donde se imponga como consecuencia accesoria el decomiso de un bien. La resolución se transmitirá a la autoridad competente del Estado miembro de la Unión Europea en el que tenga motivos fundados de que se encuentran los bienes objeto de decomiso.

Así pues, me referiré a continuación a las distintas modalidades del decomiso tras la reforma del Código Penal y después al tratamiento de la figura desde un punto de vista procesal.

2. Las distintas modalidades de decomiso

Se suele hablar de diversos tipos o modos de decomiso para distinguir 1/ el decomiso de los efectos del delito cuando constituyen el objeto del mismo (por ejemplo, las drogas o las armas), 2/ el decomiso de los instrumentos del delito para referirse a los útiles que sirven para perpetrar el mismo, y 3/ el decomiso de las ganancias derivadas del delito. Sin embargo, la figura jurídica es única y las consecuencias patrimoniales que entrañan están también dirigidas a un mismo fin. Por ello, en el presente trabajo me referiré a las modalidades de decomiso atendiendo únicamente a los nuevos modos que han ido ampliando el campo de acción del decomiso y se han ido introduciendo en el Código desde su aprobación en 1995, pero simplemente a los efectos de facilitar su estudio, e intentando seguir la sistemática del Código Penal. Por ello, seguiré el orden de los artículos del Código Penal para el estudio de los nuevos preceptos y utilizando las denominaciones que ya vienen siendo habituales en los convenios internacionales y en nuestra legislación, y que de hecho son acogidos en el Preámbulo de la L.O. 1/2015.

² Publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, con fecha de entrada en vigor el 6 de diciembre de 2015. El art. 301.5 CP., que no ha sido reformado por la L.O. 1/2015, dice “Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.”

2.1. El decomiso “ordinario”

En el art. 127 Código Penal se regula de una manera genérica el decomiso “ordinario”, aplicable a todo tipo de delitos. La reforma operada por la L.O. 1/2015 pretendía reconducir toda la normativa relativa al decomiso a los arts. 127 y ss., aunque finalmente no lo consigue, pues ha mantenido referencias al decomiso en varios preceptos de la Parte especial del Código: 1º) ha mantenido en el art. 301.5 el decomiso de las ganancias del blanqueo de capitales por remisión a la normativa general, aunque sólo al art. 127, lo que puede plantear dudas sobre si cabrá aplicar las nuevas figuras del decomiso al blanqueo de capitales³; aunque la conclusión ha de ser que la remisión no se reduce a la contenida en el art. 127, sino que se extiende a los arts. 127 bis a 128 sin que ello implique una interpretación extensiva del Derecho Penal, pues la referencia se hace en general al decomiso; 2º) se mantiene la referencia genérica al decomiso de las ganancias en los delitos contra la ordenación del territorio en el art. 319; 3º) ha introducido una norma específica de decomiso en los delitos contra la salud pública distintos del tráfico de drogas, en el art. 362 sexies que se refiere a los arts. 359 a 362; 4º) se mantiene el decomiso de las drogas, como objeto del delito de tráfico de estas sustancias, pues no son instrumento ni efectos del mismo, y de las ganancias, en el art. 374; y 5º) en los delitos contra la seguridad vial, en el art. 385 bis, al considerar al vehículo como instrumento del delito.

2.1.1. Concepto

El Tribunal Supremo ha definido el decomiso como *“la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción punitiva y traslado directo e inmediato de los mismos a favor del Estado”* (STS 5-5-1992, nº de rec. 3841/1989).

Hoy en día, la definición de esta figura jurídica es clara a tenor de la abundante normativa internacional. En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, define el decomiso como *“la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal”* (art. 2.4). Y la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, lo define como *“toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien”*. En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, lo define como *“una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”* (art. 1.d). Y en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, se define de idéntica manera en su art. 1.d).

También debe tenerse en cuenta el art. 1 de la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que lo define como *“la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”* y lo regula de una manera detallada en su art. 5; y los arts. 12 a 14 de la Convención de Nueva York, de 15 de noviembre de 2000, de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, que regulan el decomiso desde el punto de vista de la cooperación internacional.

Así pues, a raíz de la abundante normativa internacional, principalmente el Convenio de Estrasburgo de 1990, y la nueva regulación de la misma materia contenida en el Convenio de Varsovia de 2005, así como la Directiva 2014/42/UE, la finalidad del decomiso es privar al delincuente del producto del delito y de los instrumentos para su comisión.

³ El art. 301.5 CP., que no ha sido reformado por la L.O. 1/2015, dice *“Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.”*

2.1.2. Trayectoria legislativa

Con anterioridad al vigente Código Penal de 1995 la consideración del decomiso no era la de una consecuencia accesoria, sino que desde el Código Penal de 1870 (art. 26) su tratamiento era el de una “pena accesoria” que producía *“la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”*. Desde entonces la redacción ha permanecido prácticamente idéntica en los distintos códigos penales hasta el de 1944 (Texto Refundido de 1973) que en su art. 48 consideraba como “pena accesoria” la pérdida de los efectos que provinieren del delito y de los instrumentos con que se hubieran ejecutado. Y en la reforma operada en el Código de 1973 por la L.O. 1/1988 el ámbito de aplicación del decomiso se amplió también para las ganancias en los casos de tráfico de drogas, mediante la inclusión en el Código del art. 344 bis e).

Con el Código Penal de 1995 se produce el gran cambio, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la figura, pues el decomiso pasa a considerarse como una “consecuencia accesoria”, y no una “pena”. El texto de 1973 se traspasó al Código Penal de 1995 que en la redacción original del art. 127 ya establecía el decomiso no solo de los efectos e instrumentos del delito, sino también de las ganancias con carácter general, para todo tipo de delitos, y no sólo para las obtenidas con el tráfico de drogas, y cualquiera que fueran las transformaciones que hubieran sufrido⁴.

Posteriormente, el decomiso fue objeto de una profunda reforma por la Ley Orgánica 15/2003, manteniéndose como “consecuencia accesoria”, y se introdujo por primera vez el “comiso por un valor equivalente” de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables⁵ y el “comiso sin sentencia”⁶. Y en materia de tráfico de drogas se preveía además el decomiso de otros bienes por un valor equivalente en el art. 374.1.4^a CP y el de bienes de origen lícito si han desaparecido los de otro carácter de los responsables (art. 374.1.5^a CP). La finalidad de la reforma, como reconocía la propia Exposición de Motivos, era *“evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes”*. Y con ese fin se aprobó también aquel año la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Así mismo, se estableció la posibilidad de decretar la nulidad de los negocios realizados para hacer desaparecer los beneficios de la droga (art. 374.3 CP). Debe destacarse también, en relación con la aprehensión de los bienes procedentes del delito, que la Disposición Final 3^a de la L.O. 15/2003 añadió un último párrafo al art. 20 de la Ley Hipotecaria para poder anotar preventivamente el embargo o prohibición de disponer como medida cautelar cuando existan sospechas de que el verdadero titular de un bien es el imputado. Y dicho párrafo ha sido modificado por la Disposición Final 7^a de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, quedando con el siguiente contenido: *«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 encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento.»*

Posteriormente, en virtud de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, se produce una nueva revisión de los preceptos dedicados al decomiso, y se introducen con carácter general conceptos previstos hasta entonces exclusivamente para el tráfico de drogas, y con carácter general se modifica el

⁴ El art. 127 CP en su texto original decía en su primer inciso: *“Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”*

⁵ Se añadía por la L.O. 15/2003 un apartado 2 al art. 127 CP.: *“Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.”*

⁶ Se añadía por la L.O. 15/2003 un apartado 3 al art. 127 CP.: *“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.”*

decomiso de la siguiente manera: 1º) se introduce el “decomiso ampliado” cuando el delito se haya cometido en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo⁷; 2º) se amplía el decomiso a los delitos imprudentes cuando la pena sea superior a 1 año de privación de libertad, aunque con carácter potestativo para el Juez o Tribunal; 3º) se mantiene el decomiso por valor equivalente y el decomiso sin sentencia; y 4º) se modifica el decomiso en caso de delitos cometidos por personas jurídicas.

2.1.3. Naturaleza

La figura del decomiso, tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, sigue encuadrada en el Capítulo dedicado a las “consecuencias accesorias”, configurándola como una figura que no tiene la naturaleza de la pena y que se rige por sus propias normas.

A lo largo de los años las disquisiciones sobre la verdadera naturaleza del decomiso han motivado muchos comentarios, inclinándose unos autores por su consideración como una figura meramente procesal, criticando incluso su inclusión en el Código Penal, y analizando otros si se trata de una pena, una medida de seguridad (como se calificó en el Código Penal de 1928) o, finalmente, como lo define el Código vigente, una consecuencia accesoria del delito, a modo de un *tertium genus* situado entre la pena en sentido estricto y la responsabilidad civil.

La cuestión tiene trascendencia, pues las consecuencias serán distintas si la figura se engloba exclusivamente en el ámbito del derecho sancionador o, por el contrario, es una mera consecuencia civil del delito. Sin embargo, considero que la cuestión no puede resolverse de una manera unitaria, pues el decomiso se puede acordar de distintos bienes y efectos y por distintos motivos. En efecto, en el caso del decomiso de un instrumento con el que se comete un delito (una pistola, por ejemplo) la finalidad del decomiso será distinta si dicho instrumento es lícito o no, pues si la pistola carece de numeración por estar borrado o ha sido alterada es un producto ilícito que procede destruir, mientras que si la pistola es regular y es utilizada por alguien con licencia y permiso, pero para cometer un asesinato, es evidente que el Estado no puede devolver dicha arma a su titular. En este caso, el decomiso tiene una naturaleza de pena, pues se cumplen los fines de la misma, entre ellas no solo los de prevención especial al privar a su titular del bien para evitar que el responsable pueda utilizarlo nuevamente, sino también los de prevención general, pues se hace saber que la comisión de un delito conlleva la pérdida de los instrumentos utilizados en el mismo, aunque sean lícitos.

De igual manera, el decomiso de las ganancias del delito es una consecuencia natural de raíces civiles que tiene la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto logrado mediante la comisión de un delito. La naturaleza de la figura, en este caso, se evidencia como consecuencia accesoria necesaria, pues sin perjuicio de que cumpla una finalidad de prevención general (nadie se puede enriquecer delinquiendo), la figura en este caso tiene una naturaleza eminentemente civil, pues la comisión de un delito no puede suponer el más mínimo enriquecimiento de su responsable por cuanto la causa de la que deriva dicha ganancia es ilícita.

En cualquier caso, puede descartarse que el decomiso tenga una naturaleza eminentemente procesal, como en ocasiones se ha pretendido, lo que se refuerza con el hecho de que en algunos casos la imposición del mismo es potestativa, y así se prevé en los delitos imprudentes, en los casos de falta de proporcionalidad del art. 128 y en el decomiso ampliado en determinados supuestos.

En definitiva, como dice la Sala 2ª del T.S. al analizar la naturaleza jurídica del decomiso en la STS 338/2015, de 2 de junio (caso “Herriko tabernas”), citando las SSTs 157/2014, de 5 de marzo y 746/2014, de 13 de noviembre, “*la finalidad del comiso es anular cualquier ventaja obtenida por el delito*” y “*el comiso en el ordenamiento jurídico español no es solo una conse-*

⁷ La L.O. 5/2010 añadía un párrafo 2º al apartado 1 del art. 127 CP.: “*El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. (...)*”

cuencia accesoria de la pena de los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida sui generis postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.”

Finalmente, la mencionada STS 338/2015, de una manera expresa, citando las SSTS 16/2009, de 21 de enero; 600/2012, de 12 de julio y 974/2012, de 5 de diciembre, dice que la naturaleza del decomiso es *“la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer genero de sanciones bajo la denominación de “consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias”.*

Y se añade que *“es cosa distinta de la responsabilidad civil “ex delicto”, ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.”* Y sigue recordando la STS 338/2015, que si bien en el Código Penal anterior el decomiso estaba configurado como una pena accesoria, en el Código de 1995 dejó de ser una pena para convertirse en una consecuencia accesoria, como en la legislación penal alemana que, entre las consecuencias jurídicas del hecho trata por separado la pena, las medidas de seguridad y el decomiso en sus dos manifestaciones de instrumentos y productos en sentido estricto, por una parte, y de ganancias, por otra.

Se cuestionó en su día la naturaleza de pena del decomiso, ya que se decía que su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, porque su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos, aunque debe precisarse que ello no es así, pues el decomiso cumple en gran parte con una finalidad de prevención general, al igual que las penas.

También se decía que no encajaba en las medidas de seguridad, pues en sentido estricto, éstas tienen funciones reeducativas o de mejora, que el decomiso no cumple. Su definición como medida de seguridad también resultaba insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable, ya que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente sobre el que, únicamente, debe actuarse para lograr su reinserción con medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter.

Por ello, finalmente, como recuerda nuevamente la STS 338/2015 *“el CP de 1995 considera el comiso como una consecuencia accesoria, al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es la de una tercera clase de sanciones penales, bajo la denominación de consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias, distinta de la responsabilidad civil, al constituir ésta una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil.*

El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal para su imposición (SSTS. 450/2007 de 30.5, 16/2009 de 27.1).” Y en idéntico sentido se pronuncian las SSTS 532/2016, de 16 de junio y 492/2016, de 8 de junio, citando la STS 793/2015, de 1 de diciembre.

2.1.4. Elementos

Tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, en el apartado 1 del art. 127 CP. se mantiene el decomiso obligatorio en todos los delitos dolosos del producto del delito (*“los efectos que de él provengan”*), de los efectos con los que se ha cometido o intentado cometer el delito (*“bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado ”*) y de las *“ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”*; mientras que en el apartado 2 del 127 se prevé como potestativo el decomiso en el caso de delitos imprudentes que tengan señalada en abstracto un pena privativa de libertad superior al año.

Con la redacción de la L.O. 15/2003, se superó la discusión sobre si el decomiso es procedente en los casos de tentativa, pues el precepto se refiere al decomiso de los instrumentos *“con que se haya preparado o ejecutado”* el delito, incluyéndose dentro del primer concepto los supuestos en que se planifica el delito, pero no se llega a ejecutar completamente, incluyéndose los actos de proposición, provocación o conspiración también cuando sean punibles.

La jurisprudencia de la Sala 2ª del TS (SSTS 338/2015, de 2 de junio y 533/2016, de 16 de junio) define las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de decomiso en el art. 127:

1º) Por efectos se entiende, *“todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.)”*, es decir, el producto directo de la infracción. Se añade, a modo de reflexión, sobre la especial consideración de las drogas como efectos a decomisar, pues efectivamente son más propiamente el objeto del delito, y por ello el art. 374 CP mantiene, tras la reforma de la L.O. 1/2015, la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas como objeto expreso del decomiso.

2º) Los instrumentos del delito son *“los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito”*.

3º) Las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar, constituyen el *“provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito”*, y se añade que *“ha de extenderse su determinación a cualesquiera transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito”* (SSTS 924/2009, de 7 de octubre y 16/2009, de 27 de enero).

2.2. El “decomiso ampliado”

Se encuentra regulado en el art. 127 bis CP.⁸ y se caracteriza porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades delictivas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena.

Dicha figura se introdujo en el Código por primera vez mediante la reforma de la L.O. 5/2010, estando prevista en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, si bien se limitó para las actividades de la delincuencia organizada y el terrorismo. La Directiva 2014/42/UE establecía la obligatoriedad para los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de bienes pertenecientes a una persona condenada, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto que el bien de que se trata procede de actividades delictivas, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada.

En base a ello, se aprueba el decomiso ampliado que no necesita una prueba plena que conecte la actividad delictiva y el enriquecimiento del sujeto responsable, siendo suficiente una cons-

⁸ El artículo 127 bis CP comienza diciendo: *“1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito(...)”*

tatación por parte del juez, basándose en “indicios objetivos fundados”, de que han existido otras actividades delictivas de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Es decir, se trata de una presunción de comisión delictiva que produce efectos únicamente a efectos de la consecuencia accesoria del decomiso. El Preámbulo de la L.O. 1/2015 señala que no es una sanción penal, lo que es obvio al encontrarse entre las consecuencias accesorias. Y se establece en la nueva regulación una serie de presunciones en base a las cuales se considera que los responsables de una serie de delitos acumulan un importante patrimonio debido a su actividad ilícita, no siendo por tanto necesaria una prueba plena para demostrarlo, sino únicamente indicios fundados que relacionen la actividad de alguien ya condenado con los bienes de que disponía.

El Código establece los siguientes requisitos para poder apreciar el “decomiso ampliado”: 1º) se ha de referir a una persona condenada; 2º) la condena tiene que haber sido por alguno de los delitos contemplados en el catálogo cerrado del apartado 1 del precepto, sin necesidad de que se trate de delincuencia organizada⁹; y 3º) el decomiso se ha de basar en indicios objetivos y, por ello, a título ejemplificativo enumera en el apartado 2 del precepto tres tipos de indicios: a) desproporción entre bienes e ingresos lícitos; b) ocultación de bienes mediante testaferreros o en paraísos fiscales; y c) transferencias injustificadas.

En el nuevo art. 127 bis CP el decomiso ampliado se limita a una serie de delitos, sin tener que tratarse obligatoriamente de delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales o de terrorismo, como ocurría en el anterior art. 127.1 CP, pero refiriéndose exclusivamente a unos tasados por el legislador. La razón de la extensión a otros delitos estriba, según el Preámbulo de la L.O. 1/2015, en que se trata de supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que se pueden derivar importantes beneficios económicos. A pesar de ello, se echan en falta delitos como el tráfico de influencias, los delitos contra la salud pública de los arts. 358 a 367, los delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito o el tráfico de armas, en los que la actividad delictiva suele ser continuada y también genera importantes beneficios.

Se prevé también en el “decomiso ampliado” la aplicación del decomiso sustitutivo o por valor equivalente previsto en el art. 127.3 CP, por remisión del art. 127 bis 3 CP.

El “decomiso ampliado” es obligatorio y permitirá a Jueces y Tribunales en los casos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, pero siempre que exis-

⁹ Los delitos del decomiso ampliado son :

a) Delitos de trata de seres humanos.

b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.

d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.

e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.

f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

g) Delitos de corrupción en los negocios.

h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.

i) Delitos de blanqueo de capitales.

j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.

k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.

l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.

n) Delitos de falsificación de moneda.

o) Delitos de cohecho.

p) Delitos de malversación.

q) Delitos de terrorismo.

r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.”

tan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados. El catálogo de indicios es abierto, y aunque estén basados en los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, la prueba exigida es menor, pues no se trata de fijar una pena, sino de establecer una expropiación de bienes basándose en la existencia de una condena. Precisamente, debido a dicho principio de culpabilidad se establece en el apartado 4 del precepto que si el condenado lo fuera de nuevo por hechos delictivos similares, el órgano judicial deberá valorar el alcance del decomiso anterior al resolver sobre el decomiso del nuevo procedimiento.

La Sala Segunda del T.S. en el Pleno no jurisdiccional de 5 de octubre de 1998, ya se pronunció sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, y acordó: *“El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”*

La STS 1061/2002, de 6 de junio, en aplicación del citado Acuerdo declaró que no se requería que los bienes que resulten objeto del decomiso se acredite con exhaustividad que proceden directamente de los concretos hechos objeto de enjuiciamiento, siempre que pertenezcan al acusado cuya responsabilidad ha quedado suficientemente acreditada, se acuerde sobre solitud expresa de la acusación, la cuestión haya quedado sometida a debate en el enjuiciamiento y se motive en la Sentencia la decisión al respecto. La STS 1049/2011, de 18 de octubre, declara que en cuanto a la procedencia del decomiso no se exige identificar las concretas operaciones de tráfico ilegal de drogas, bastando con que quede suficientemente probada la actividad delictiva. Y la STS 209/2014, de 20 de marzo, establece que el decomiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio.

Así pues, se requiere: 1) exigencia de motivación, tanto fáctica, consignándose en los hechos probados, como jurídica, en los razonamientos jurídicos; 2) respecto al principio acusatorio, la individualización de bienes y la consignación de su origen en previos delitos; y 3) no se exige demostración de concretos delitos anteriores, sino sólo una demostración genérica de actividad delictiva anterior al hecho concreto enjuiciado, bastando la prueba indiciaria (STS 450/2007, de 30 de mayo).

En efecto, la prueba para acreditar la actividad delictiva previa puede ser prueba indirecta o indiciaria, tal y como reconoce la STS 600/2012, de 12 de julio, según la cual *“la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante”*.

Debe tenerse en cuenta que el apartado 5 del art. 127 bis ha añadido una importante limitación al “decomiso ampliado”, pues excluye expresamente los bienes que procedan de actividades delictivas prescritas, respecto a las que el investigado haya sido absuelto o para las se haya dictado un sobreseimiento con efectos de cosa juzgada. Precisamente, la existencia de actividades delictivas antiguas pero respecto a las que ya no se podía iniciar un procedimiento penal debido a su prescripción o hechos concretos que habían sido objeto de sentencia absolutoria podían servir de indicios a los efectos de acreditar una actividad delictiva continuada para acordar el decomiso.

2.3. El “decomiso sin sentencia” o “decomiso autónomo”

Se encuentra regulado en el nuevo art. 127 ter CP.¹⁰ Aunque tradicionalmente el decomiso se ha aplicado en aquellos casos en los que la persona se ha enriquecido injustamente mediante la comisión del delito y es sometido a un proceso penal que concluye con sentencia en la que se acuerda el decomiso, existen otros casos en los que el patrimonio ilícito permanece en la órbita del responsable penal, y éste no puede ser sometido a juicio, por lo que se produce un enriquecimiento ilícito que no puede repararse judicialmente en un proceso. Con el denominado “decomiso sin sentencia” o “decomiso autónomo” se pretende reparar este enriquecimiento injusto del que se benefician, por ejemplo, herederos del supuesto responsable penal, y ello se consigue mediante la aprobación del decomiso en un procedimiento contradictorio e independiente respecto a investigados o encausados no juzgados ni condenados por diversas causas, entre las que se citan por el legislador las siguientes: 1) fallecimiento o enfermedad crónica; 2) hallarse en rebeldía; o 3) por exención o extinción de la responsabilidad criminal.

El precepto es una trasposición del art. 4.2 de la Directiva 2014/42/UE, y dicha posibilidad ya se preveía en el art. 127.4 CP. anterior a la reforma de la L.O. 1/2015, respecto al cual la Circular de la F.G.E 1/2005, de 30 de marzo, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte), indicaba que en tales casos los Fiscales debían interesar la adopción de la medida cautelar de depósito de los efectos e instrumentos del delito, y al mismo tiempo proceder a la notificación de la misma a los titulares de tales bienes, para que pudieran intervenir en el procedimiento en defensa de sus intereses y, en su caso, pudieran formular las alegaciones procedentes, como consecuencia de la aplicación analógica de los arts. 615 y ss. LECrim.

La posibilidad de decomisar bienes de una persona exenta de responsabilidad criminal o que hubiera extinguido la responsabilidad criminal, exigía siempre en este último caso que quedase demostrada la situación patrimonial ilícita, y se admitió precisamente, decía la Circular F.G.E 1/2005, *“por el cambio de naturaleza que el comiso sufrió con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pasando de ser una pena accesoria a una consecuencia accesoria, que no requiere el cumplimiento de las exigencias derivadas de principio de culpabilidad”*. Y se añadía que en los casos de concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal que tuviera lugar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, ello dará lugar a la finalización del procedimiento por resolución judicial que no revestirá la forma de sentencia sino la de auto. En tales supuestos, los Fiscales debían *“interesar del órgano judicial competente que acuerde en dicha resolución el comiso previsto en el art. 127.3, previo trámite contradictorio en el que las personas cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tal resolución tengan la posibilidad de defenderlos conforme a lo previsto en el art. 24 CE.”* El problema estribaba en la falta de regulación de tal trámite contradictorio

Esto planteaba numerosas cuestiones de orden procedimental al no existir un cauce legalmente previsto. En la actualidad dicho problema se ha solucionado a través del procedimiento introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha introducido un nuevo Título III ter en el

¹⁰ El artículo 127 ter CP. dice:

“1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.”

Libro IV (Procedimientos especiales), con la rúbrica “*De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo*”, y regula en concreto el procedimiento de decomiso autónomo en los arts. 803 ter e a 803 ter u LECrim.

La finalidad de dicha reforma es regular, por tanto, el procedimiento mediante el cual se procede a acordar el “decomiso sin sentencia” o “decomiso autónomo”. Esta última debería ser la denominación que se imponga tras la reforma legal, pues es la expresamente mencionada en el texto del Código Penal y, además, el decomiso en estos supuestos excepcionales también se resolverá mediante sentencia, siendo la única diferencia que ésta se dictará en un procedimiento especial al que después nos referiremos.

2.4. El decomiso de bienes transferidos a terceros

Se encuentra regulado en el art. 127 quater CP.¹¹ el decomiso de bienes aun cuando se haya producido la transferencia a terceros de los originales o de un valor equivalente.

La regulación del decomiso de bienes en poder de terceros ya estaba prevista en nuestra legislación antes de la reforma de la L.O. 1/2015, en el art. 127 desde su redacción original al admitirse el decomiso en todo caso, salvo que los bienes estuvieran en poder de terceros de buena fe. Sin embargo, la nueva regulación establece, con carácter potestativo para los Jueces y Tribunales, la posibilidad de que los mismos acuerden el decomiso de bienes que se hallen en poder de terceros porque han adquirido 1º) los efectos y ganancias, con conocimiento o falta de diligencia sobre su origen ilícito; y 2º) el resto de bienes, con conocimiento o falta de diligencia sobre la dificultad del decomiso que se provocaba con la adquisición.

Y se prevé en el apartado 2 del artículo 127 quater CP la presunción *iuris tantum* de que existía el conocimiento o sospecha del origen ilícito cuando la transmisión de los bienes fue gratuita o por debajo del precio de mercado, pudiendo el afectado demostrar lo contrario, pero correspondiendo al mismo la carga de tal prueba.

Y también se prevé el decomiso por un valor equivalente o sustitutivo en estos supuestos.

La jurisprudencia ha admitido la consideración de tercero de buena fe en diversos supuestos: la STS de 2 de octubre de 1.991, absuelve a la acusada respecto al decomiso del dinero entregado por sus hijos dedicados al tráfico de drogas porque era poseedora en nombre ajeno (art 431 del Código Civil); la STS de 16 de junio de 1.993, en un caso de titularidad compartida, decreta el decomiso parcial de los bienes; la STC 92/1997, de 8 de mayo, confiere el amparo a la mujer del acusado respecto al comiso de los vehículos puestos a su nombre al no haber sido oída; y la STC 151/2002, de 15 de julio, admite la posibilidad de decomiso de bienes gananciales. En este caso se extiende el decomiso a un vehículo comprado con bienes gananciales, pues conforme al artículo 1373 CC. está afecto a la satisfacción de las “deudas” propias de cada uno de los esposos, pues tal es el carácter de las sanciones de contenido económico, de acuerdo con el art. 1.366 CC. Y se puede acordar la intervención judicial sobre el bien aunque el otro cónyuge no responsable del delito ostente una cuota ideal liquidable mediante la ejecución del bien. En este caso se consideró que no hubo indefensión, ya que estuvo implicada en los hechos, imputada en la fase de instrucción, pidiendo hasta en 3 ocasiones la devolución del

¹¹ El art. 127 quater CP. dice:

“1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.”

vehículo embargado. Y la STS 864/2002, de 29-7-2002 (Caso Banesto), niega la audiencia al titular aparente de determinadas fincas (sociedad) y deja abierta la posibilidad de una tercería de dominio. Finalmente, debe destacarse la especialidad que suponía el caso de la STS 338/2015, de 2 de junio, en el que se acordaba el decomiso de los bienes de las “Herriko tabernas” por su relación con ETA y Batasuna, pero contra las que no se dirigía la acusación. A pesar de ello se estableció una relación entre ellos que motivaba el decomiso de sus bienes.

Por otra parte, en la redacción anterior a la L.O. 1/2015 se preveía como excepción del decomiso que los bienes pertenecieran a tercero de buena fe, posibilidad que ahora desaparece, regulándose en el art. 127 quater, con carácter potestativo, por lo que incluso en estos casos puede proceder el decomiso, con la finalidad de restringir la utilización de testaferreros como terceros de buena fe para eludir las consecuencias del delito, incluso aunque estos terceros sean de buena fe y desconozcan la procedencia delictiva de los bienes.

Sin embargo, la imposibilidad de decomisar los bienes si se hallan en poder de terceros de buena fe se prevé expresamente en el art. 5.8 de la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, hecha en Viena: *“Lo dispuesto en el presente artículo [relativo al decomiso] no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”*.

Por ello, la STS 338/2015, de 2 de junio, indica que el decomiso *“solo puede detenerse ante la titularidad efectiva y material de los bienes por un tercero ajeno al hecho delictivo (STS. 450/2007 de 30.5), bien entendido que como precisó la STS. 483/2007 de 4.6, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal, sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales, por lo que, en principio, aun habiendo absuelto al acusado del delito de blanqueo de dinero, podría acordarse el comiso del dinero intervenido, desvirtuando la presunción de buena fe de los arts. 433 y 434 Cc. y acreditando que era un tercero aparente o limitado para encubrir el origen ilícito del dinero intervenido.”*

Ahora bien, en esos casos será necesaria la presencia en juicio del titular del bien sobre el que ha de recaer la carga de semejante prueba, pues ha de acreditar la concurrencia de esa “buena fe” que excluiría el decomiso (STS 1020/2005, de 19 de septiembre). Se podría añadir que este tercero mantendrá “sus derechos” sobre el bien procedente del delito o instrumento de su ejecución, siempre que concurren dos requisitos cumulativos: a) que los bienes sean de lícito comercio; y b) que hayan sido adquiridos legal y onerosamente por dichos terceros de buena fe no responsables del delito, pues si ha obtenido el bien a título gratuito su patrimonio no se ve perjudicado y sólo se le privará de una expectativa sobre la titularidad de un bien. En cualquier caso, la cuestión se deberá solventar en el correspondiente proceso en el que el tercero intervendrá conforme a las reglas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015, en los arts. 803 ter a a 803 ter d, y a los que después nos referiremos.

Y debe tenerse en cuenta que *“la mera titularidad administrativa o registral de un bien no convierte al titular sin más en tercero de buena fe, pues solo sería aquel que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho, ignorando desde luego que en su título concurre un vicio que puede invalidarlo, y en este sentido es perfectamente lícita la inferencia que lleve a una conclusión contraria a la concurrencia de buena fe”* (STS 798/2008, de 12-11-2008).

De hecho, en el caso de la STS 296/2016, de 11 de abril, en el que la Audiencia había rechazado el decomiso del vehículo utilizado para el transporte de la droga al no constar como titular del mismo administrativamente el acusado y acordaba la devolución a su propietario, casualmente su hermano, se estima el recurso de casación del Ministerio Fiscal y se considera procedente el decomiso, afirmando que el recurrido era el verdadero propietario con arreglo al derecho material del vehículo, de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia, sin perjuicio, tratándose de una cuestión civil, de que su hermano siempre podría ejercer en su caso la tercería de dominio correspondiente en ejecución de la sentencia (citando la STS 435/2013).

Debe añadirse que para la averiguación de la titularidad real de un bien los órganos judiciales de la jurisdicción penal pueden aplicar la doctrina del levantamiento del velo en aquellos casos en los que se crea una ficticia estructura societaria para descubrir al verdadero y único titular de los bienes (STS 1027/2007, de 10 de diciembre). Y en la STS 338/2015, se señala que *“En este sentido esta Sala, SS. 1226/2006 de 15.12, 986/2005 de 21.7 y 801/2005 de 15.6, ha declarado, siguiendo la doctrina sentada por la Sala 1ª Tribunal Supremo sentencia de 15.10.1997, “la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona disregard y de la germana Durchgriff, y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la sentencia de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las sentencias de 16 de julio de 1987, 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.”.*

2.5. El “decomiso ampliado” extensivo a conductas anteriores

Dicho “decomiso ampliado” se encuentra regulado en el art. 127 quinquies CP¹² Su diferencia esencial con el del art. 127 bis radica en que el decomiso del art. 127 quinquies 1º) es potestativo, mientras que el del art. 127 bis es obligatorio; 2º) admite el decomiso de bienes procedentes de la actividad delictiva previa del condenado, mientras que el art. 127 bis se establece también tal posibilidad, pero sin referirse a la actividad delictiva “previa”, siendo suficiente que se presume que los bienes tienen un origen delictivo en base a “indicios objetivos fundados”; 3º) el decomiso previsto en el art. 127 quinquies sólo puede ejecutarse cuando el beneficio obtenido por el sujeto exceda de 6.000€, mientras que en el art. 127 bis no existe este mínimo legal para poder decomisar; y 4º) se establecen unos supuestos tasados en los que se presume la existencia de actividad delictiva continuada, mientras que en el art. 127 bis es necesario acreditarlo únicamente en base a “indicios objetivos fundados”.

Este precepto es, por tanto, complementario al art. 127 bis CP y a la doctrina de la Sala 2ª del T.S. del Pleno de 5 de octubre de 1998, sobre las ganancias procedentes de operaciones ante-

¹² El art. 127 quinquies CP dice:

“1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.*
- b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.*
- c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.*

Son indicios relevantes:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

a) El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.

b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.”

riores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, que admite el decomiso en tales supuestos *“siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”*

Así pues, procederá la aplicación del decomiso del art. 127 bis cuando se puedan cumplir los siguientes requisitos: 1) la posibilidad de motivación, tanto fáctica, consignándose en los hechos probados, como jurídica, en los razonamientos jurídicos; 2) la posibilidad de individualización de bienes y la consignación de su origen en previos delitos; y 3) sin que sea exigible la demostración de concretos delitos anteriores, pues es suficiente una demostración genérica de actividad delictiva anterior al hecho concreto enjuiciado, bastando la prueba indiciaria (STS 450/2007, de 30 de mayo), ya que el art. 127 bis CP exige que se base en *“indicios objetivos fundados”*.

Y para aplicar el decomiso ampliado del art. 127 quinquies CP se deberán cumplir los requisitos previstos en el precepto, es decir, 1) la comisión de alguno de los delitos del catálogo del art. 127 bis 1; 2) que el beneficio sea superior a 6.000€; y 3) la necesidad de que existan indicios fundados de que el patrimonio tiene un origen delictivo previo, estableciendo el apartado 2 del precepto los supuestos en los que se entiende producida dicha actividad delictiva previa generadora de bienes y ganancias que pueden ser objeto del decomiso. Tales presunciones exigen 1º) en el mismo procedimiento la condena por tres infracciones penales de las que haya obtenido un beneficio económico, ó 2º) la condena en los seis años anteriores al inicio del procedimiento por dos infracciones penales de las que haya obtenido un beneficio económico. Y se establecen unas presunciones en el art. 127 sexies CP¹³, aunque con escasa convicción, pues en el último inciso del precepto se establece, como no podía ser de otra forma en un sistema como el penal que no se rige por la prueba tasada, la posibilidad de que Jueces y Tribunales no las apliquen cuando las consideren incorrectas o desproporcionadas.

Estos requisitos para apreciar el decomiso ampliado extensivo a conductas anteriores, que no se exigían por la jurisprudencia ni tampoco por la Directiva de 2014, provocará dificultades para apreciarlo en la mayoría de las ocasiones de delincuencia organizada. Debe tenerse en cuenta que las dificultades de prueba en estos casos son enormes y el precepto exige que una persona tenga ya condenas previas para poder aplicar el *“decomiso ampliado”*, respecto a bienes que en principio ya se deberían haber decomisado por las sentencias que se pretende sirvan de base como indicios de enriquecimiento injusto.

A todo ello, debe añadirse que la figura viene contemplada como un decomiso potestativo, al contrario del *“decomiso ampliado”* del art. 127 bis que es obligatorio y que tras la nueva redacción de la L.O. 1/2015 se configura como el modelo a aplicar con carácter general en este tipo de decomiso.

2.6. El *“decomiso sustitutivo”* o *“por valor equivalente”*

Se encuentra regulado en los arts. 127.3 , 127 bis 3 , art. 127 quater y art. 127 septies CP. En la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 15/2003 se introdujo esta posibilidad en el propio art. 127, así como en el art. 374.1.4ª CP en el ámbito del tráfico de drogas. Tras la L.O. 1/2015

¹³ El art. 127 sexies CP. dice:

“A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva.

A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.

3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

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.”

se mantiene para los distintos tipos de decomiso, además de para el “ordinario”(art. 127.3), también en el “decomiso ampliado” (art. 127 bis) y el “decomiso de bienes transferidos a terceros” (art. 127 quater).

En el apartado 3 del art. 127 se introdujo el “decomiso sustitutivo” o “por valor equivalente”, que ahora no emplea esta terminología, y prevé que en caso de que los bienes a decomisar hayan desaparecido o su valor haya disminuido con respecto al de la fecha de adquisición, procederá el decomiso de otros bienes *“por una cantidad que corresponda al valor económico”* de los efectos a decomisar. Se amplía, por lo tanto, el decomiso sustitutivo en aquellos casos en los que los bienes obtenidos ilícitamente por el responsable han perdido parte de su valor. Como ya he apuntado, el decomiso sustitutivo tiene su origen en la redacción dada al art. 127 por la Ley Orgánica 15/2003, como consecuencia de la Convención de 20 de diciembre de 1988 de Naciones Unidas, en cuyo artículo 5 ya preveía el decomiso del producto derivado del delito *“o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto”*.

Dicha figura se mantiene, en términos similares, para el “decomiso ampliado” y el “decomiso de bienes transferidos a terceros”. Y el artículo 127 septies CP¹⁴ regula el decomiso de otros bienes por valor equivalente o “decomiso sustitutivo” en los supuestos de ejecución del decomiso, es decir, cuando ya hay una sentencia firme que acuerda el decomiso de bienes concretos, respecto a los cuales no puede llevarse a cabo. En estos casos se establece la posibilidad de que el Juez o Tribunal dicte un auto, resolución que ha de ser motivada, en el que se acuerde el decomiso de otros bienes por un valor equivalente. Para ello deberá realizar una labor de averiguación de bienes del responsable criminal respecto al cual se ha acordado el decomiso.

Y esta posibilidad se prevé también para los supuestos de depreciación del valor del bien decomisado respecto al momento en que fue adquirido por el responsable del delito.

3. El decomiso desde una perspectiva procesal

El decomiso como tal no tenía hasta la reforma operada en la LECrim. en 2015 ningún tipo de especialidad procesal, pues las cuestiones relativas al mismo debían solventarse en el proceso penal que se seguía contra el investigado. Sin embargo, como consecuencia de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se ha producido una importante novedad al introducir en el Libro IV de la LECrim., que trata *“De los Procedimientos especiales”*, un nuevo Título III ter con la rúbrica *“De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”*, y que abarca los arts. 803 ter a a 803 ter u. A su vez, el nuevo Título se divide en dos capítulos, que regulan, por un lado, la especialidad procesal consistente en la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso; y por otro, el procedimiento, este sí, mediante el cual procede acordar el denominado “decomiso sin sentencia” o “decomiso autónomo” previsto en el nuevo art. 127 ter CP.

Sin embargo, con carácter general, el decomiso ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial a los efectos de aplicar en el proceso penal los preceptos que lo regulan, por lo que en primer lugar, antes de hacer referencia al nuevo procedimiento es conveniente recordar dicha doctrina, así como la normativa existente en algunas leyes con carácter especial.

¹⁴ El art. 127 septies CP dice:

“Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.”

3.1. Requisitos jurisprudenciales sobre el decomiso y doctrina de la FGE

Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al decomiso viene exigiendo los siguientes requisitos de carácter procesal:

a. Principio acusatorio

El decomiso ha de ser solicitado en el juicio por el Ministerio Fiscal o por alguna de las partes acusadoras, de conformidad con el principio acusatorio (SSTS 328/2001, de 6 de marzo; 442/2013, de 23 de mayo; 238/2016, de 29 de marzo y 532/2016, de 16 de junio).

Ha de especificarse a continuación de la pena, como consecuencia accesoria. En el caso de la STS 1260/2002, de 1 de julio, el decomiso era solicitado por el Fiscal *“como medida cautelar”* de conformidad con el art. 374 C.Pen. por medio de un *“otrosí”*, motivo por el que se absolvió respecto al decomiso.

La STS 1030/2003, de 15 de julio, establece esta necesidad en base a que el decomiso ya no es una pena accesoria, sino una medida accesoria que ha de ser solicitada expresamente. Y en el mismo sentido se pronuncia una jurisprudencia reiterada (STS 423/2003, de 17 de marzo, con cita de otras sentencias, y 77/2007, de 7 de febrero).

La Circular de la F.G.E 1/2005, de 31 de marzo, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte), establece la obligatoriedad para los Fiscales de solicitar expresamente el decomiso cuando sea procedente, en virtud del principio acusatorio, y se establecía la obligación para los Fiscales de identificar *“específicamente en sus escritos de calificación los objetos o cantidades cuyo comiso interesen e, igualmente, citarán concretamente las normas que resulten aplicables, debiendo sentar en el primer apartado de sus escritos de calificación o acusación las bases fácticas de su aplicación, adaptadas a las nuevas modalidades y supuestos introducidos tras la reforma”*.

Por su parte, la Circular de la F.G.E 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, establece que las peticiones de decomiso formuladas en los escritos de acusación deberán contener la identificación de los efectos, medios, bienes o ganancias, así como la especificación de las circunstancias fácticas de las que resulte su vinculación con la infracción penal, ya sea porque han servido para su preparación, ejecución o bien porque proceden de la misma, indicando, en su caso, las transformaciones precedentes.

b. Prueba del decomiso

Según establece la STC 220/2006, de 3 de julio (FJ 8º) con abundante cita de otras sentencias, la prueba relativa al decomiso de los bienes no afecta al derecho a la presunción de inocencia, puesto que este derecho, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, implica que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, que han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia. La presunción de inocencia opera *“como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”*. Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia. Por ello, en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y será -en cada caso, y en atención a cuál sea la queja del recurrente- conforme a uno u otro canon como se deba llevar a cabo el enjuiciamiento. En esta STC 220/2006, se consideraba suficiente la deducción realizada por el tribunal de instancia, basada en la prueba indiciaria¹⁵,

¹⁵ En el presente caso se consideró suficiente prueba indiciaria la siguiente: el testimonio de los agentes policiales, que observaron

para acordar el decomiso, pues el condenado por tráfico de drogas, sin realizar actividad laboral alguna, era propietario de cinco automóviles y una motocicleta decomisados, pese a que tres de los vehículos figuraban en los archivos de la Dirección General de Tráfico a nombre de terceras personas, con titularidades ficticias.

Ha de ser probada la relación de causalidad entre la comisión del delito y la ganancia o los efectos incautados, aunque se admite que es posible el decomiso de los bienes que provengan de hechos delictivos anteriores al enjuiciado. Así lo reconoce la jurisprudencia (SSTS 1528/2002, de 20 de septiembre y 492/2016, de 8 de junio, por citar sólo dos), aplicando el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del T.S. de 5 de octubre de 1998. Dice la STS 1030/2003, de 15 de julio: *“también es posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de tráfico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores (...). Esta cuestión fue expresamente así decidida por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1998 que acordó que «el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio»*. En el supuesto de hecho de esta STS de 15 de julio de 2003, la compañera del condenado por tráfico de drogas resultó absuelta, pero numerosos bienes figuraban a su nombre por lo que no se la consideró como tercero de buena fe y se procedió al decomiso de tales bienes por proceder del narcotráfico. Y también en este sentido, la STS 429/2004, de 2 de abril. Igualmente, el Tribunal Constitucional denegó el amparo a la mujer del condenado a quien se le habían decomisado bienes gananciales por considerarlas “deudas”, de conformidad con el art. 1.636 Cc. (STC 151/2002).

Además, en el caso del decomiso la prueba que se exige no es de la misma entidad que la requerida para destruir la presunción de inocencia. Como dice la STS 338/2015, de 2 de junio, *“respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada (SSTS 877/2014, de 22 de diciembre; 969/2013, de 18 de diciembre; 600/2012, de 12 de julio).”* Y se añade que *“existiendo una razonable probabilidad de la vinculación o conexión con actividades criminales o con grupos o personas relacionadas con las mismas, podría deducirse como conclusión razonable y en absoluto, arbitraria o caprichosa, que los bienes del patrimonio del afectado proceden directa o indirectamente del delito, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones presentando en su descargo pruebas acreditativas a la legitimidad de su adquisición o posesión. Pero debe quedar claro que no se trata de subvertir las reglas del proceso penal ni de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia”*. En similares términos se pronuncia la STS 533/2016, de 16 de junio.

Hay que remarcar que no se exige la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico.

La mencionada STS 338/2015 también admite, citando jurisprudencia de la Sala 2ª y de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, el decomiso mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, como ya hemos visto.

el disfrute exclusivo de los bienes por parte del recurrente; la declaración de los titulares formales, que incurrieron en múltiples contradicciones; el informe de la Seguridad Social, justificativo de que el acusado no desarrolló actividad laboral, hecho comprobado en los últimos tiempos por la propia policía; la póliza de seguro hallada en su casa, en la que figuraba como propietario de uno de los vehículos, que formalmente tenía a nombre de un tercero; y la no localización de un tercero titular formal.

E igualmente, admite la prueba indiciaria como medio para acreditar la concurrencia de los requisitos para acordar el decomiso.

Aunque ha de probarse la relación de causalidad del producto del delito con éste, se permite el decomiso de los efectos hallados en poder del responsable penal y que racionalmente se infiera que proceden del delito. En la STS 343/2003, de 7 de marzo, con cita de otras, se indica *“que es procedente el decomiso, no solamente del dinero que provenga del tráfico de drogas, sino también del que sea instrumento del mismo («instrumenta sceleris»), añadiendo que la ocupación de grandes cantidades de dinero en metálico en la persona o en el domicilio de quienes se dedican de modo habitual al tráfico de sustancias estupefacientes en gran escala, como está acreditado sucedía con el recurrente, permite inferir racionalmente su procedencia del tráfico, mientras no se desvirtúe dicha conclusión lógica mediante elementos probatorios en contrario”*.

En definitiva, como se dice en la STS 338/2015, de 2 de junio: *“Por tanto existiendo una razonable probabilidad de la vinculación o conexión con actividades criminales o con grupos o personas relacionadas con las mismas, podría deducirse como conclusión razonable y en absoluto, arbitraria o caprichosa, que los bienes del patrimonio del afectado proceden directa o indirectamente del delito, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones presentando en su descargo pruebas acreditativas a la legitimidad de su adquisición o posesión. Pero debe quedar claro que no se trata de subvertir las reglas del proceso penal ni de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia.”*

Es decir, no existe una inversión de la carga de la prueba, a pesar de que por los afectados pueda alegarse lo contrario, porque así se reconoce por la jurisprudencia basándose en la doctrina del TEDH derivada de las sentencias 7.10.88 (caso Salabiakn) y 25.9.92 (caso Pham Hoang). En dichos casos se alegaba que el Código Francés de aduanas establecía una presunción legal para las infracciones penales de contrabando incompatible con la presunción de inocencia (“el portador de mercancías fraudulentas será responsable del fraude”), y finalmente el TEDH rechazaba que semejante norma pueda ser considerada como una presunción de culpabilidad al estimar que tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho.

Y el Tribunal Supremo considera que en nuestro sistema tal conclusión tampoco supone una inversión de la carga de la prueba porque:

“a) La presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el comiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquélla mediante un pronunciamiento penal.

b) El comiso en el ordenamiento jurídico español no es solo una consecuencia accesoria de la pena de los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida sui generis postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.

c) A diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y sólo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal (arts. 127 y 374 CP.), sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales.” (STS 338/2015, de 2 de junio).

c. Descripción de los bienes, instrumentos o efectos

Han de describirse pormenorizadamente en la sentencia los efectos, instrumentos o ganancias respecto a los que se decreta el decomiso. En la STS 694/2002, de 15 de abril, se absuelve en lo relativo al decomiso porque la sentencia de instancia no se pronunciaba respecto al mismo, aunque la cantidad quedara afecta a otras responsabilidades económicas del condenado. Y lo mismo ocurre en el caso de la STS 533/2016, de 16 de junio.

También es procedente el decomiso de los instrumentos que se han utilizado para la comisión del delito cuando los mismos son utilizados habitualmente para ello o están preparados específicamente para ese fin. Así sucede habitualmente respecto a los vehículos o embarcaciones en los que se transporta la droga cuando es un medio necesario para trasladarla de un lugar a otro. Así ocurre en la STS 1410/2001, de 16 de julio, respecto al coche utilizado por el traficante aunque estaba a nombre de su hijo; o en la STS 945/2002, de 17 de mayo, respecto a un ciclomotor, que no es decomisado sino que únicamente se considera como el medio de transporte del traficante, pero que queda afecto a las responsabilidades pecuniarias; o en la STS 475/2004, de 7 de abril, respecto al coche utilizado por el acusado para transportar la droga, que estaba a nombre de su mujer y sí es objeto del decomiso. En definitiva, como se recoge en la STS 656/2016, de 18 de julio, citando otras resoluciones del TS *“Solo podrá decretarse [el decomiso] cuando se trate de una cantidad tan importante (de droga) que el coche sea un medio imprescindible para el traslado o también en los casos en que disponga de habitáculos, dispositivos o espacios especialmente preparados para el transporte de la sustancia estupefaciente”*.¹⁶

Incluso cabe el decomiso de bienes indivisibles si se especifica el motivo. Es el caso de aquellos bienes en los que se ha invertido parcialmente el dinero procedente del tráfico de drogas. En la STS 198/2003, de 10 de febrero, se declara que *“el comiso de las ganancias procedentes del delito habrá de decretarse parcialmente en los casos de titularidad compartida con persona ajena al hecho delictivo (véase STS de 16 de junio de 1993), por lo que tampoco aparece obstáculo legal alguno para que se disponga tal medida cuando las ilícitas ganancias se invierten en un bien indivisible, parte del cual se ha generado con fondos lícitos y otra parte con dinero procedente del tráfico de drogas, de suerte que, conociéndose el importe de esta segunda aportación, habrá de disponerse el comiso de dicho bien en la parte que en ejecución de sentencia se determine proporcional.”* Se trataba de la inversión de una gran cantidad de dinero procedente del tráfico de drogas en la construcción de un restaurante de lujo por la mujer de un traficante.

Finalmente, ha de hacerse referencia nuevamente a la STS 338/2015, de 2 de junio (caso “herriko tabernas”), que parece abrir una vía de actuación aun mayor de la que ya existe en lo relativo al “decomiso sustitutivo” o “por valor equivalente”. La sentencia realiza una profunda reflexión sobre la naturaleza del decomiso desde el punto de vista de la prevención especial, ya que la expropiación de los bienes impide a sus titulares cometer nuevos delitos; y de la prevención general, especialmente en el decomiso de ganancias, al lanzar el importante mensaje a la delincuencia organizada de que la titularidad de los bienes por parte de terceros no responsables del delito no será obstáculo para decretar el decomiso de las ganancias originadas por el delito.

Pero la resolución de la Sala 2ª del T.S. da un paso más y en lo que denomina *“criminalidad organizada política con fines terroristas”*, admite que un grado de distancia entre los bienes a decomisar y la infracción penal (decomiso por valor equivalente o decomiso subrogatorio o sustitutorio) no siempre es suficiente: *“Se requieren respuestas más agresivas ya que la com-*

¹⁶ En la STS 460/2016, de 27 de mayo, no se estima procedente del decomiso del vehículo Mercedes en el que el condenado, con abundantes antecedentes penales por tráfico de drogas, transportaba un kilo de cocaína. La revocación del decomiso la justifica el TS en que el Tribunal de instancia había acordado el decomiso del coche “dado el carácter instrumental del vehículo del procesado” y considera que a la vista de la cantidad de droga transportada no constaba la relevancia del coche en la operativa, pues podía ser desplazada con discreción en otro medio de transporte.

plejidad de sus actividades así como la generación de masas patrimoniales de considerable cuantía que si bien se pueden relacionar con la organización terrorista es difícil hacerlo con las personas físicas o jurídicas que son sometidas al proceso o con los concretos bienes que estén siendo cuestionados, debe implicar un cierto grado de laxitud en la individualización de los bienes a decomisar relacionados con los delitos investigados, pudiendo alcanzar a todo el patrimonio mobiliario e inmobiliario de aquellas entidades, bien entendido que en relación a los bienes inmuebles, si bien existe un principio de legitimidad registral, según el cual hay una presunción de titularidad a todos los efectos legales, se trata de una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, con audiencia del titular registral, y sin perjuicio de que en ejecución de sentencia, si se considera terceros a las personas físicas, socios e integrantes de las asociaciones, pueden acreditar que son titulares de buena fe de los bienes decomisados, como pudieron intentarlo, como tercería de dominio, en la pieza separada de responsabilidad civil durante la tramitación de la causa, STS. 475/2004 de 7.4, y ATC. 125/2004 de 19.4, que precisó que el comiso no prejuzga eventuales titularidades civiles que pueden oponer terceros y el eventual derecho de titularidad civil que pueden hacer valer en esa jurisdicción civil.”

d. Comparecencia en juicio

El titular del bien decomisado ha de ser citado a juicio y tener capacidad para defenderse. Es una consecuencia necesaria del principio de contradicción, las personas cuyos bienes son objeto de decomiso han de ser citadas al proceso para que tengan opción de defenderse, alegando lo que estimen conveniente y aportando las pruebas de que intenten valerse. Así lo reconoce expresamente la STS 338/2015, de 2 de junio, que añade: *“en todo juicio penal debe agotarse los medios para conseguir que el acusado y el responsable civil o personas afectadas por cualquier pronunciamiento de esta índole -en este caso el comiso- sean llamados al proceso para que tengan opción de defenderse, alegando lo que estimen conveniente y aportando las pruebas de que intenten valerse. Por ello, deben agotarse previamente todas las modalidades de citación de unas garantías y debe existir constancia formal de haberse practicado éstas o en su caso haberse intentado y además debe hallarse fundada en criterios de razonabilidad, que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios de comunicación. Incluso se permite la citación edictal pero por ser una ficción jurídica con un significado más simbólico que real, ha de entenderse necesariamente como un último recurso, reservado para situaciones extremas, habiendo de quedar sometida su práctica a condiciones rigurosas entre las que se encuentran: 1) Haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías - arts. 166 a 171 y 178 LECrim, que prevén la citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los parientes que habiten en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste y en caso de domicilio desconocido, orden de busca a la Policía Judicial; 2) Constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación; 3) Que la resolución judicial de considerar del denunciado como persona en ignorado paradero o domicilio desconocido se funde en criterios de razonabilidad que lleve a la convicción de la unificación de aquellos otros medios normales de comunicación.”*

Dicha práctica debe realizarse también en el caso de terceras personas, distintas de los acusados, que puedan estar afectadas por el decomiso, que deberán ser oídas sobre la pertenencia y titularidad de los bienes, concediéndoles la posibilidad de intervención formulando conclusiones provisionales y proponiendo cuantas pruebas estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siguiéndose los trámites procesales precisos hasta la celebración del juicio oral, cuya intervención se limitará a la acreditación de la legítima pertenencia del dinero y bienes cuestionados (STS 495/1999, de 29 de julio). Por tanto, lo esencial no es que haya sido parte en el procedimiento, sino que haya tenido la oportunidad de serlo, lo importante es que el órgano jurisdiccional concediera al titular de los bienes objeto del comiso, la oportunidad para contradecir y defenderse (STS 450/2007, de 30 de marzo).

En el caso de la STS 867/2002, de 29 de julio (caso Banesto) hubo varias sociedades que no habían figurado como partes en el proceso penal previo y que alegaban ser titulares de bienes

que han sido decomisados: en concreto, diversas fincas. Se les admite legitimación para sostener el recurso de casación pero su pretensión -declaración de nulidad de tal comiso por haberse acordado sin audiencia de quienes figuran como titulares de los bienes decomisados y aducen intereses legítimos sobre los mismos- fue desestimada. Y el TS decía que *“estando vinculada la decisión del comiso a la conducta de los condenados, no existe inconveniente para que estas sociedades que ya han tenido posibilidad material de exponer sus puntos de vista en el proceso, a través de sus verdaderos protagonistas, puedan reproducir sus pretensiones en el procedimiento correspondiente, alegando la titularidad de los bienes decomisados, de conformidad con lo establecido en el artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”*.

“...Si de la instrucción de la causa, como sucede en el caso presente, se evidencia que los efectos procedentes del delito han sido registrados por los imputados a nombre de personas jurídicas, con la finalidad de sustraerlos a la acción de la justicia, resultaría un contrasentido afirmar al mismo tiempo que la titularidad es ficticia y que, no obstante serlo, atribuye derechos a ese titular. La condición de testaferro no puede generar ningún derecho legítimo, que el ordenamiento deba reconocer como tal”.

En definitiva, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que exige la existencia de contradicción respecto a las personas titulares de determinados bienes decomisados o afectados por dicho decomiso, se ha producido la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015, al introducir los arts. 803 ter a a 803 ter d LECrim. a los que después me referiré.

e. Motivación del decomiso

Se debe motivar el decomiso, tal y como establece la STS 360/2003, de 12 de marzo, que devuelve la causa al tribunal de instancia para que lo motive.

La STS 338/2015, de 2 de junio, lo establece claramente: *“el deber de fundamentación de la sentencia abarca e incluye necesariamente el comiso en cuanto que éste es una consecuencia del delito. Por ello, junto con la afirmación de la procedencia delictiva de los efectos del delito, debe razonar la decisión y alcance del mismo (STS. 998/2002 de 3.6). La efectividad del comiso exige que en el juicio histórico, bien de forma explícita, bien de forma indirecta, se expresen con claridad los hechos que permiten respaldar la conclusión de que lo aprehendido ha de reputarse ganancia a la actividad desplegada (STS. 831/2007 de 5.10).”*

3.2. Medidas cautelares

El art. 127 octies CP¹⁷ contiene una norma esencialmente procesal en sus apartados 1 y 2, sobre las medidas cautelares (aprehensión, embargo y depósito de los bienes) para garantizar el decomiso, para lo que se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la realización anticipada o utilización provisional de los bienes.

La posibilidad de ejecutar las medidas cautelares es facultativa del Juez de Instrucción, y dicha materia se regulará por las normas contenidas en los arts. 367 bis a 367 septies LECrim., cuya redacción ha sido modificada parcialmente por la L.O. 1/2015 en su D.F. 2^a.

Las modificaciones en dichos preceptos son fundamentalmente de carácter técnico, pues se crea la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, que se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en una nueva D.A. 5^a por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, y sustituye a la anterior Oficina de Recuperación de Activos. Se le atribuye una serie de funciones para gestionar,

¹⁷ El Artículo 127 octies CP dice:

“1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.”

del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos.

La regulación con las novedades es la siguiente:

1) se posibilita la destrucción anticipada de los efectos intervenidos, dejando muestras suficientes, estableciéndose una serie de peculiaridades respecto a las drogas, que serán destruidas por la autoridad administrativa una vez realicen las pruebas analíticas y lo comuniquen a la autoridad judicial, ampliándose esta posibilidad a los efectos relacionados con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial una vez que hayan sido examinados pericialmente (art. 367 ter LECrim.);

2) la realización anticipada de los efectos judiciales ya no es potestativa, sino obligatoria para el juez, que la acordará salvo que haya un recurso interpuesto por el interesado o que la medida pueda resultar desproporcionada (art. 367 quater LECrim.);

3) se prevé un procedimiento que se aprobará reglamentariamente para regular la realización anticipada una vez haya sido acordada (art. 367 quinquies LECrim.);

4) el producto de la realización de los efectos se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del órgano judicial (art. 367 quinquies LECrim.);

5) se prevé la utilización provisional de los bienes o efectos decomisados, que permita a la Administración un aprovechamiento de su valor mayor que con la realización anticipada, y se producirá cuando se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público, acordándola el juez previa audiencia del interesado, salvo que haya un recurso interpuesto por el mismo o que la medida pueda resultar desproporcionada (art. 367 sexies LECrim.); y

6) se permite que el juez atribuya a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos la localización, la conservación y la administración de los efectos.

Así mismo, debe tenerse en cuenta la posibilidad de solicitar el embargo preventivo de bienes para asegurar el decomiso dentro de los países de la Unión Europea, de conformidad con la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En los arts. 143 a 149 de la Ley se regula la posibilidad de transmisión de una resolución de embargo preventivo por los Jueces o Tribunales penales que conozcan de la causa, o los Fiscales que dirijan las diligencias de investigación, con la finalidad de asegurar un posterior decomiso. En este punto, el art. 143.1 de la Ley 23/2014 es suficientemente claro sobre cuál es el objeto de dichas resoluciones, *“se dirigen a impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso”*. La resolución se transmitirá a la autoridad competente del Estado miembro de la Unión Europea respecto al que se tengan motivos fundados de que se encuentran los bienes objeto de decomiso.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2010, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, sigue la Instrucción 6/2007 y establece una serie de criterios prácticos a seguir por los Fiscales:

1.^a En los supuestos en que lo incautado sea dinero en efectivo, se procederá a su ingreso en las cuentas judiciales habilitadas al efecto.

2.^a Cuando se trate de cuentas y depósitos bancarios, deberá dictarse un auto decretando su bloqueo y congelación de los saldos en las propias entidades en donde se encuentren, aunque en algunos supuestos puede resultar indicado permitir los movimientos de ingreso.

3.^a Si lo intervenido son activos, valores u otros instrumentos financieros, se deberá decretar la prohibición de disponer, resolución que ha de comunicarse a la entidad emisora de los títulos

y sociedades intermediarias o administradoras, con orden de ingresar en la correspondiente cuenta vinculada los rendimientos o dividendos que genere. Se trata, por tanto, de un supuesto de administración de los fondos, cuya gestión se encomienda a la entidad depositaria de aquéllos, con las limitaciones indicadas y bajo el control judicial.

4.^a Respecto de las joyas debe procederse a su depósito en la Caja General de Depósitos o establecimiento adecuado al efecto; no parece, en principio, procedente su venta anticipada

5.^a En cuanto a los medios de transporte en general –embarcaciones, camiones, automóviles, aviones o avionetas– la regla general debe ser su enajenación anticipada. Pero deberá evaluarse previamente si conviene autorizar su utilización provisional de acuerdo con el artículo 367 sexies LECrim. con las debidas garantías para su conservación.

6.^a Por lo que se refiere a los bienes inmuebles la medida cautelar se ejecutará conforme a lo dispuesto en el artículo 604 LECrim, mediante la expedición de mandamiento para que se haga la anotación preventiva de embargo o prohibición de disponer conforme a la legislación hipotecaria, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo final del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, para lo cual el auto judicial que se dicte debe expresar los elementos que inducen o determinan que el titular real del inmueble es el imputado y no aquél a cuyo nombre figura registrado, mencionando las Resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 2005 y 27 de febrero de 2006, lo que permitirá al Instructor o Tribunal, en su caso, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a anotar dicha prohibición, la imposición de multas coercitivas o incluso la deducción de testimonio por un delito de desobediencia.

7.^a Si lo incautado es una entidad mercantil que pertenezca íntegramente a los imputados o a algunos de ellos, debe procederse a la constitución de una administración judicial.

3.3. El destino de los bienes decomisados

En relación con el destino de los bienes decomisados debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la novedad que supuso en los delitos de tráfico de drogas o blanqueo de capitales derivados de los anteriores, la Ley 17/2003, que regula el Fondo sobre destino de los bienes decomisados y adjudicados al Estado. Dicha Ley sustituyó a la anterior Ley 36/1995, de 11 de diciembre, que es la que había creado originariamente dicho Fondo, precisamente en base a las exigencias del art. 344 bis e) C.Pen. de 1973 que establecía que los bienes *“definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado”* y del art. 5.5 de la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, que obligaba a los Estados a arbitrar procedimientos internos para disponer de esos bienes.

Actualmente, el art. 127 octies apartado 3 CP establece cuál ha de ser el destino de los bienes decomisados. Se adjudican al Estado, que les dará el destino que legalmente proceda. Este precepto debe completarse, por tanto, con el art. 367 quinquies LECrim. que permite la adjudicación de los bienes decomisados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito y costas del procedimiento. Y debe tenerse en cuenta que en los casos de tráfico de drogas no cabe tal posibilidad, pues el art. 374. 2^a CP exige que los bienes se adjudiquen íntegramente al Estado.

La Circular de la F.G.E. 4/2010 señala que solamente cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes, se podrá aplicar el producto de los bienes decomisados al pago de dichas responsabilidades civiles.

Debe tenerse en cuenta, finalmente, el art. 128 CP¹⁸ que a pesar de las reformas que han impuesto la obligatoriedad del decomiso, mantiene su redacción original de 1995 y establece la

¹⁸ El artículo 128 CP dice: *“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.”*

posibilidad de que el Juez o Tribunal no decrete el decomiso, si bien debe tenerse en cuenta, como recuerda la Circular de la F.G.E. 4/2010, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, que únicamente rige este principio en relación con el decomiso de efectos e instrumentos del delito, pero no es de aplicación respecto de las ganancias o productos obtenidos mediante la actividad delictiva, los cuales han de ser decomisados en su totalidad.

La STS 338/2015, de 2-6-2015, recuerda que si bien el decomiso se entendió como una pena hasta el Código Penal de 1995, en el vigente ya no puede sostenerse dicha naturaleza, basándose precisamente para ello en el principio de proporcionalidad que incorpora el art. 128 del vigente Código Penal, y dice que *“en la STS. 499/2013 de 11.6, se recuerda como la STS de 24-4-1997 subraya el carácter restrictivo del comiso y la exigencia de proporcionalidad. Y la STS de 20-9-2002, nº 1528/2002, señala que el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 del Código Penal, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad. Siendo muchas las resoluciones judiciales que desestiman el comiso de efectos por no estar relacionados con el delito, o no guardar la debida proporcionalidad con la infracción enjuiciada.”*

3.4. Regulación especial

También deben tenerse en cuenta ciertas especialidades al margen del Código Penal en la regulación del decomiso que tienen una evidente trascendencia procesal.

La Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, tiene por finalidad regular el destino 1º) de los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de decomiso en aplicación de los artículos 374 CP y 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando en este último caso dichos bienes, efectos e instrumentos se hayan utilizado o provengan de la ejecución de un delito de contrabando de drogas o precursores; y 2º) de los bienes, efectos e instrumentos decomisados como consecuencia accesoria del delito tipificado en el artículo 301.1 párrafo segundo del Código (blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas).

Y se exige que los bienes, efectos e instrumentos decomisados se adjudiquen definitivamente al Estado por sentencia firme. Para regular el destino de todos los bienes decomisados y las rentas que generan o el producto de su enajenación se crea un fondo de titularidad estatal. Los fines a los que se destinará este fondo serán 1) programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos; 2) intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere la ley; y 3) la cooperación internacional en la materia.

La Ley establece *“la obligación, con carácter general, de enajenar todos aquellos bienes del fondo que no consistan en dinero u otros instrumentos de pago al portador y, con carácter excepcional y de forma motivada, se admite la posibilidad de ceder el uso, de forma gratuita, a los beneficiarios de los bienes citados.”*

También hay que destacar que la D.A. 5ª.5 de la Ley 17/2003 establece que el Juez de instrucción solicitará de los Registros de la Propiedad la anotación preventiva de embargo, haciéndolo conforme al art. 13 LECrim., a los efectos de asegurar los bienes del fondo. Tal posibilidad bien amparada por el art. 20 último párrafo LH, modificado por la Ley 41/2015¹⁹.

Así mismo, el art. 367 septies LECrim., modificado por la L.O. 1/2015, atribuye a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos la función de realizar las actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los

¹⁹ El último inciso del art. 20 últ. párr. LH dice: *“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 encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento.”*

bienes intervenidos, de conformidad con los artículos que le preceden y la normativa reglamentaria. Y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha introducido una nueva Disposición Adicional 5ª en la ley de Enjuiciamiento Criminal en la que se regula dicha Oficina. La misma se desarrolla reglamentariamente en virtud del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, que integra la Oficina en el Ministerio de Justicia, dentro de la Secretaría de Estado de Justicia, con rango de Dirección General. Y la Orden JUS/188/2016, de 18 de febrero, señala las fechas de comienzo del funcionamiento operativo de la Oficina, que son progresivas dependiendo del territorio y, en cualquier caso, para embargos o decomisos acordados después del 24 de octubre de 2015. En desarrollo de esta normativa la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia suscribieron un Acuerdo de colaboración, de 19 de mayo de 2016, a los efectos de impulsar el funcionamiento de la ORGA.

Por último, la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, regula el decomiso en su art. 5, estableciendo que *“Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso”*, regulándose también el decomiso por un valor equivalente, el decomiso ampliado en el caso de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal y el decomiso sin sentencia.

3.5. Procedimientos especiales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La Ley 41/2015 ha introducido dos especialidades procesales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del Libro IV que trata *“De los procedimientos especiales”*. De esta manera, tras regularse *“el modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes”*, el *“Procedimiento abreviado”*, el *“Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”* y el *“Proceso por aceptación de decreto”*, se introduce un nuevo Título III ter que trata *“De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso”* y se divide en dos capítulos.

3.5.1. La intervención de terceros afectados por el decomiso

Se regula de una manera detallada en los arts. 803 ter a a 803 ter d LECrim., para aquellos casos en los que se deduzca razonablemente que los bienes susceptibles de decomiso pertenecen a un tercero o que existen terceros titulares de derechos sobre dichos bienes.

A pesar de su ubicación sistemática no se trata de un procedimiento especial, sino que son especialidades relativas a la personación de terceros en el proceso penal.

En concreto, se prevé que 1º) tal medida se acordará obligatoriamente por el órgano judicial; 2º) sin embargo, se podrá prescindir de tal intervención cuando no se haya podido identificar o localizar al posible titular o cuando los terceros en realidad son personas interpuestas del investigado o encausado; 3º) la resolución rechazando la intervención del tercero en el procedimiento se puede recurrir en apelación; 4º) si el afectado por el decomiso manifiesta al Juez o Tribunal que no se opone al mismo no será necesaria su personación; 5º) se instruirá al tercero del art. 416 LECrim., lo que supone que el legislador prevé que en muchas ocasiones tales terceros son familiares o abogados de los investigados respecto a los que se solicita el decomiso; 6º) el tercero podrá intervenir en cualquier momento del proceso, pero siempre asistido de letrado y sólo sobre aspectos que afecten directamente a sus bienes; 7º) el juicio podrá celebrarse en su ausencia, aunque puede acudir su representante legal, y en caso de incomparecencia al juicio éste se celebrará igualmente; 8º) se le notificará la sentencia y podrá recurrirla en lo relativo a sus bienes; y 9º) en caso de incomparecencia del tercero que ha sido citado conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal dará lugar a que sea declarado en rebeldía, situación que se regirá por las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil con las peculiaridades del art. 803 ter d LECrim. De esta manera se le permite incluso intervenir con posterioridad a una sentencia firme, conforme a las normas previstas en dicho precepto, posibilidad que se extiende al tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia.

3.5.2. El procedimiento de decomiso autónomo

Se encuentra regulado en los arts. 803 ter e a 803 ter u LECrim., y es aplicable, con carácter general, en aquellos casos en los que la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, *“no hubiera sido ejercitada con anterioridad”*. Por tanto, se establece como regla general la posibilidad de interponer una demanda para interesar el decomiso en aquellos supuestos en los que no se haya interesado con anterioridad por ninguna acusación sin obligación de que exista una causa para ello. El Estado tiene derecho a ejercitar el decomiso de aquellos bienes respecto a los que se puede acreditar que se trata de bienes, instrumentos o efectos derivados de un delito, o si se tratan de las ganancias del mismo, o de un valor equivalente, prevaleciendo como única regla que no se haya solicitado con anterioridad en base al principio de *non bis in idem* y la imposibilidad de que una persona vea sometida dos veces su conducta a un juicio sobre el mismo objeto. Tal regla general se establece en el apartado 1 del art. 803 ter e LECrim.

A continuación, el apartado 2 del mismo precepto establece diversos supuestos en los que cabe el decomiso autónomo, *“en particular”*. Y lo hace en dos apartados diferenciados: a) en caso de que el Fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes, reservando expresamente para este procedimiento especial su determinación, que sólo podrá comenzar cuando el proceso penal haya concluido por sentencia firme; y b) en caso de comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio (art. 803 ter e. 2 LECrim.).

El primero de los supuestos difícilmente se aplicará en la práctica, pues implica que el Ministerio Fiscal se reserva el ejercicio de la petición del decomiso hasta un momento posterior, cuando ya haya sentencia firme. Esto implica que mientras tanto los bienes procedentes del delito permanecen en poder del investigado o encausado, sin ningún motivo para ello y a pesar de que se está dirigiendo un proceso penal contra él o que se ha tenido que acordar su incautación cautelar, con carácter provisional. La solución sería arbitrar este procedimiento como un juicio rápido, y sin referencia a la necesidad de esperar a que se dicte sentencia firme.

Por el contrario, el segundo de los casos es el que da una solución legal a un problema que se venía apreciando desde hace años e introduce el necesario proceso contradictorio para poder decomisar bienes de personas fallecidas, en rebeldía o sin capacidad para comparecer en juicio.

Así pues, la demanda de decomiso autónomo tiene, entre sus principales finalidades, la de asegurar que los bienes que proceden del delito no sean traspasados a terceras personas en los casos en los que no se puede dirigir la acción penal contra el responsable del delito por diversas causas que señala, estableciendo en el art. 803 ter e LECrim., como regla general, que procede el decomiso autónomo en aquellos supuestos en los que no se haya solicitado con anterioridad y con carácter particular, a modo de ejemplo, los casos de reserva de la acción de decomiso y los de fallecimiento, rebeldía o incapacidad del autor.

En este proceso contradictorio de decomiso autónomo, se prevén las normas por las que se atribuye la competencia de los Jueces y Tribunales para conocer del procedimiento, y éste se regirá por las normas del juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que no contradigan las de este procedimiento de la LECrim., que prevé una serie de especialidades, destacando que la acción sólo podrá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal; las medidas cautelares se regirán por lo previsto en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sea contradictorio con este procedimiento; y el juicio se desarrollará conforme al artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, el del juicio ordinario.

3.5.2.1. Tramitación

La competencia objetiva para conocer del procedimiento de decomiso autónomo, de acuerdo con el artículo 803 ter f LECrim., corresponde a: *“a) el juez o tribunal que hubiera dictado la*

sentencia firme, b) el juez o tribunal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida, o c) el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la misma cuando ésta no se hubiera iniciado, en las circunstancias previstas en el artículo 803 ter e.”. Es decir, el conocimiento del asunto se mantiene en el órgano jurisdiccional penal que ya hubiera conocido del ejercicio de la acción penal. Dicha solución del legislador se entiende acertada, pues se mantiene la decisión sobre el decomiso en el ámbito del órgano que conoce los hechos del procedimiento.

El procedimiento es el previsto en el artículo 803 ter g LECrim., que establece que se remite a “las normas que regulan el juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sean contradictorias con las establecidas en este capítulo”, es decir, los arts. 437 a 447 de la misma. La tramitación, en principio, con las peculiaridades de la LECrim., es sencilla: tras la presentación de la demanda el Letrado de la Administración de Justicia la admitirá por decreto y dará traslado de ella a los legitimados pasivamente para que la contesten por escrito en el plazo de veinte días. Una vez contestada se citará a la vista y tras ella se dicta sentencia.

Las especialidades de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son las siguientes:

- a) La acción sólo podrá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal (art. 803 ter h LECrim.).
- b) Se reconoce el derecho a la asistencia letrada de los afectados por el decomiso (art. 803 ter i LECrim.).
- c) Serán citados a juicio como demandados los sujetos contra los que se dirija la acción por su relación con los bienes y el encausado mediante notificación a su representación en el proceso suspendido y por edictos (art. 803 ter j LECrim.).
- d) El encausado rebelde intervendrá mediante procurador y abogado de oficio, que le representará y defenderá; y el encausado con la capacidad modificada judicialmente comparecerá según las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 803 ter k LECrim.). Se trata de los anteriormente denominados incapaces, término que se ha abandonado como consecuencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Por lo tanto, deberán comparecer en juicio con su representante legal y en caso de no tenerlo mediante un defensor judicial que se le nombrará por el Letrado de la Administración de Justicia (arts. 7.2 y 8 LECiv.).
- e) Se establece el contenido de la demanda (art. 803 ter l LECrim.), en la que se precisará con detalle todas las peticiones del Fiscal en párrafos separados y numerados:
 - i. Las personas contra las que se dirige la demanda, quienes deberán ser identificadas plenamente, pues el procedimiento se dirige contra alguien determinado por su relación con los bienes que se pretenden decomisar.
 - ii. El bien cuyo decomiso se pretende que igualmente deberá identificarse de una manera concreta y determinada.
 - iii. El hecho punible y su relación con los bienes. En caso de que haya sido reconocido en sentencia firme que haya puesto fin al proceso penal para otros procesados o encausados, deberá reproducirse aunque sea someramente para establecer claramente dicha vinculación; o en su caso, el auto de procesamiento o de procedimiento abreviado o de rebeldía en los que se hayan recogido los hechos. Tales hechos implican una relación directa de los legitimados pasivos con los bienes cuyo decomiso se pretende y por ello, aunque sean conocidos por el órgano judicial ante el que se interpone la demanda es conveniente reproducirlos a los efectos de que el demandado y los afectados tenga conocimiento de ellos.
 - iv. La calificación jurídico penal del hecho punible.

- v. La situación de las personas contra las que se dirige la demanda y su relación con los bienes.
 - vi. Los fundamentos legales del decomiso, que se basarán en los presupuestos fijados en los arts. 127 a 128 CP. Y habrá que expresar también el fundamento procesal, es decir, que concurre el presupuesto legal para la interposición de la demanda de conformidad con el artículo 803 ter e LECrim.
 - vii. Se ha de hacer la proposición de la prueba. Lo normal será solicitar la confesión de los demandados, cualquier testifical mediante la que se pueda demostrar la relación de los bienes con el delito y con el demandado, y la prueba documental, mediante aportación del testimonio de la sentencia o resolución del procedimiento penal principal que acredite la existencia del hecho punible, así como todos los demás que acrediten los presupuestos fácticos de la demanda. Así mismo, es aconsejable que el Fiscal se reserve el derecho a participar en la práctica de las pruebas que soliciten las partes demandadas y les sean admitidas. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta la posibilidad de solicitar nuevamente prueba en el juicio, según el art. 803 ter n LECrim.
 - viii. Las medidas cautelares que se interesan.
- f) Las medidas cautelares se regirán por lo previsto en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 721 y ss.) en lo que no sea contradictorio con este procedimiento (art. 803 ter l.3 LECrim.), y se formularán con claridad y precisión, justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, dando audiencia el Juez o Tribunal al demandado sobre la petición; y aunque se establece en el art. 732.2 LECiv. que para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares, tal disposición ha de entenderse en clara contradicción con las normas del proceso penal en el que pueden surgir con posterioridad nuevos hechos que aconsejen la adopción de las medidas cautelares para asegurar los bienes, rigiendo en este punto, por su carácter especial, las normas de los arts. 367 quater y ss. LECrim.
 - g) En caso de no contestarse a la demanda se acordará el decomiso definitivo de los bienes y ganancias o de un valor equivalente a los mismos (art. 803 ter m LECrim.).
 - h) El juicio se desarrollará conforme al artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 803 ter o LECrim.), es decir, el del juicio ordinario, por lo que no es potestativa la celebración de vista que en el juicio verbal civil depende de la petición de las partes y que el juez o tribunal la considere necesaria. El juicio se desarrollará por el siguiente orden: 1º) cuestiones sobre vulneración de derechos fundamentales en la obtención de prueba, 2º) práctica de la prueba, y 3º) conclusiones orales sobre los hechos y los argumentos jurídicos.
 - i) La sentencia del procedimiento de decomiso autónomo produce efectos de cosa juzgada, pero no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce, en el que ya no se pedirá el decomiso de los bienes sobre los que ya se ha resuelto (art. 803 ter p LECrim.).
 - j) Se atribuye al Ministerio Fiscal la posibilidad de investigar la localización de activos en ejecución de la sentencia (art. 803 ter q LECrim.).
 - k) Son aplicables los recursos del proceso penal abreviado y las normas reguladoras de la revisión de sentencias firmes (art. 803 ter r LECrim.).
 - l) La incomparecencia del encausado rebelde y del tercero afectado en el procedimiento de decomiso autónomo se regirá por lo dispuesto en el artículo 803 ter d (art. 803 ter s LECrim.).
 - m) Se prevé la acumulación de solicitud de decomiso contra el encausado rebelde o persona con la capacidad modificada judicialmente en la causa seguida contra otro encausado (art. 803 ter t LECrim.).

n) El Fiscal puede pedir una nueva orden de decomiso cuando se descubran nuevos bienes y no se hubiera resuelto sobre los mismos con anterioridad (art. 803 ter u LECrim.).

3.5.2.2. La retroactividad

El procedimiento de decomiso autónomo se ha introducido en la LECrim. por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015. En consecuencia, se plantea el problema de si dicho procedimiento es aplicable a hechos anteriores a tal fecha o si, por el contrario, no puede aplicarse con carácter retroactivo en virtud del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables reconocido en el art. 9.3 CE.

Sin embargo, para solucionar la cuestión no se ha de estar a la vigencia de la ley procesal, la Ley 41/2015, que se podrá aplicar desde que entró en vigor, sino a la previsión de si el decomiso que se pretende ejecutar estaba previsto en el Código Penal cuando se cometieron los hechos. Y en este punto debe recordarse la redacción actual del art. 127.1 CP que establece que *“Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”*. Dicha redacción es sustancialmente idéntica a la original del Código Penal de 1995²⁰, por lo que si el decomiso de los bienes se pretende de conformidad con dicho precepto que ha sido modificado posteriormente por las Leyes Orgánicas 15/2003, 5/2010 y 1/2015, pero siempre para ir ampliando la posibilidad de decomiso de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito, entonces sí será procedente la formulación de la demanda de decomiso autónomo.

Actualmente, la posibilidad de interesar el decomiso mediante una demanda formulada con carácter autónomo a la vía principal penal está prevista en el art. 127 ter CP, introducido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Sin embargo, dicha posibilidad ya se admitía en el art. 127.4 CP, en la redacción dada por la L.O. 5/2010, y con anterioridad a esta reforma en base al mismo art. 127 CP en su redacción original, por considerar que tal situación constituye un enriquecimiento ilícito contrario a Derecho. Por ello, la posibilidad de decomisar bienes de una persona exenta de responsabilidad criminal o que hubiera extinguido la responsabilidad criminal, por ejemplo, por fallecimiento, exigía siempre que quedase demostrada la situación patrimonial ilícita, y se admitió, como decía la Circular F.G.E 1/2005, *“por el cambio de naturaleza que el decomiso sufrió con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pasando de ser una pena accesoria a una consecuencia accesoria, que no requiere el cumplimiento de las exigencias derivadas de principio de culpabilidad”*. Y en consecuencia, no podrá alegarse que el ejercicio del procedimiento de decomiso autónomo constituye una disposición sancionadora que antes no existía, pues el decomiso en tales casos estaba previsto desde el texto original de 1995, siendo necesario únicamente un procedimiento para poder aplicarlo con garantías para los afectados, que es lo que se ha regulado en los arts. 803 ter e y ss. LECrim.

A todo lo anterior debe añadirse la argumentación del propio legislador de 2015 que en el Preámbulo de la Ley 1/2015, en su apartado VII, dice lo siguiente respecto al decomiso autónomo o sin sentencia que por su interés es conveniente reproducir:

“Tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso

²⁰ El inciso inicial del art. 127 CP, en su redacción original establecía: *“Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”*

sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein).

El decomiso sin sentencia ya estaba regulado en el apartado 4 del vigente artículo 127, si bien resultaba oportuno aprovechar la reforma para introducir algunas mejoras técnicas en su regulación e introducir las normas procesales necesarias para hacer posible su aplicación.”

Por último, la Ley 41/2015 contiene una Disposición Transitoria Única en cuyo apartado 1 dice que *“Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor.”* Y a continuación en dos apartados específicos se refiere únicamente a las reformas de los arts. 954 y 324 LECrim. Así pues, tratándose el “procedimiento de decomiso autónomo” de un procedimiento independiente que se inicia como consecuencia de la interposición de una demanda del Ministerio Fiscal, nada impide que aun cuando se refiera a hechos anteriores el procedimiento pueda iniciarse a partir del 6 de diciembre de 2015.

3.5.2.3. La investigación en un procedimiento civil

El hecho de que la LECrim. se remita a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la tramitación del procedimiento de decomiso autónomo puede dar lugar a que se sigan las normas del juicio verbal que se caracterizan por su sencillez, quedando el Ministerio Fiscal y los afectados del decomiso imposibilitados de aportar la prueba necesaria para defender sus argumentos. Hay que tener en cuenta que el legislador ya era consciente de ello, pues ha ampliado el plazo para contestar la demanda, que en el juicio verbal civil es de 10 días mientras que en el art. 803 ter l.2.º LECrim. se fija en 20 días. Por ello, debe tenerse en cuenta que el procedimiento de decomiso autónomo es esencialmente penal, pues su finalidad última es aplicar una consecuencia accesoria de naturaleza penal, por lo que la investigación y averiguación de los indicios y prueba que acrediten la relación de los bienes con el demandado puede en ocasiones plantear dificultades.

Debe tenerse en cuenta que el art. 217.2 LECiv. establece que la carga de la prueba de la certeza de los hechos de la demanda incumbe al actor, que en este procedimiento es exclusivamente el Ministerio Fiscal. Por ello, en casos en los que se prevean dificultades para acreditar la relación entre el demandado y los bienes puede resultar aconsejable que tal investigación se lleve a cabo en el marco de unas Diligencias propias de Fiscalía al amparo del art. 5 EOMF, antes de interponer la demanda de decomiso, y sin perjuicio de que todo el resultado de dicha investigación se aporte con posterioridad al procedimiento de decomiso autónomo, como prueba documental junto con la demanda. Esta posibilidad es congruente con la naturaleza del procedimiento en el que se ha dado un papel decisivo al Ministerio Fiscal, tanto en la iniciación del mismo como en su ejecución para la localización de bienes.

3.5.2.4. La localización de bienes

La Ley de Enjuiciamiento Civil no reconoce facultades de investigación de oficio al órgano judicial en la fase de localización de bienes, por lo que en el procedimiento de decomiso autónomo en muchas ocasiones se deberá celebrar sin poder precisar la existencia concreta de los bienes, a pesar de que por diversos medios de prueba en el proceso penal se haya conseguido constatar la existencia de delito y la obtención de ganancias derivados del mismo.

La solución práctica es diferir tal localización a un momento posterior, habiendo previsto el legislador tal problema en el art. 803 ter q LECrim. al conceder al Ministerio Fiscal unas amplias facultades de investigación para la localización de activos. Para ello podrá servirse de la Oficina de recuperación y gestión de activos o de funcionarios de Policía Judicial y tales actuaciones deberán registrarse en Fiscalía como Diligencias de investigación, estando, por tanto, sujetas a los plazos del art. 5 EOMF.