

Asociación defiscales

ALEGACIONES QUE PRESENTA LA ASOCIACIÓN DE FISCALES AL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

19 de marzo de 2021

Asociación de fiscales

La Asociación de Fiscales dentro del plazo fijado por el Ministerio de Justicia formula las siguientes alegaciones al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal

ALEGACIONES

Consideraciones generales

Un nuevo EOMF: es absolutamente necesario exigir la aprobación de un nuevo EOMF que, al menos, se tramite de forma paralela al texto informado. La figura del Fiscal investigador exige un estatuto profesional bien definido, y un reforzamiento de la autonomía institucional del MF. El texto contiene previsiones que suponen una intromisión en la organización interna del MF y que, por lo tanto, deben venir reguladas en el EOMF, no en una norma procesal.

La relación del Fiscal con la oficina judicial: el funcionamiento práctico del nuevo sistema se basa en la existencia de un único procedimiento, tramitado y custodiado por la oficina judicial, bajo la dirección de un LAJ. Esta opción legislativa, sin duda legítima, no será viable sin una clara relación de dependencia funcional del Fiscal sobre el LAJ, que actualmente no existe.

Eliminación de la burocracia ineficiente: es necesario revisar el modelo propuesto, en aquellos aspectos que promueven su ineficacia. El control judicial puede simplificarse (sobreseimiento, conclusión y archivo, duración o reapertura de la investigación, impugnación de los decretos del Fiscal o la fase intermedia). Al mismo tiempo, los criterios de ponderación para adoptar este tipo de decisiones deben ser homogéneos.

Estudio riguroso de la carga de trabajo del nuevo sistema: la atribución de la dirección de la investigación, junto con el mantenimiento de la intervención del Fiscal en el juicio por delito leve y otras jurisdicciones, así como la extraordinaria proliferación de comparecencias en la fase de ejecución, obligan a una revisión en profundidad del número y distribución de efectivos, previa determinación de la carga real de trabajo que implica el nuevo modelo.

Una codificación: se debería proponer una “codificación” procesal penal, mediante la inclusión en el texto, entre otras, de las normas sobre el tribunal del jurado, habeas corpus, menores o cooperación internacional.

Una memoria económica: es imprescindible contar con una memoria económica que, al menos de forma prospectiva, ofrezca un horizonte razonablemente previsible sobre el coste de esta reforma (redistribución de efectivos, nueva planta, o adecuación de medios personales y materiales).

El análisis del texto se realiza conforme a la estructura del propio Anteproyecto. Sólo se hará referencia a aquellos artículos que merecen algún tipo de comentario, con la correspondiente propuesta de mejora, más o menos detallada, según la materia de que se trate.

TÍTULO PRELIMINAR

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL (ART 1 A 24)

Comentario: el valor normativo de la Constitución en el proceso penal resulta determinante y ha sido reconocido doctrinalmente con diferentes fórmulas que enfatizan la dependencia del Derecho Procesal Penal respecto del Derecho Constitucional. De ahí que la opción del anteproyecto por encabezar la nueva regulación con un título preliminar referido a los principios de naturaleza constitucional que inspiran la regulación procesal de la propuesta merezca en términos generales una valoración positiva, máxime teniendo en cuenta que una de las primeras necesidades a las que debe responder todo movimiento reformista en esta materia es asegurar las exigencias derivadas del obligado respeto en el proceso de los derechos fundamentales de las personas, particularmente garantizados en instrumentos internacionales y constituciones nacionales, actualizando el denominado debido proceso o proceso con todas las garantías.

En términos generales, el encabezamiento del anteproyecto con un título de esta naturaleza debe ser valorado positivamente.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO (ART 1 A 3)

Comentario: en lo que respecta a la regulación contenida en este capítulo, la misma puede decirse que no se aleja de las fórmulas y cánones habitualmente manejados en derecho comparado, pero no como principios constitucionales sino como reglas básicas o disposiciones generales del proceso.

Y precisamente lo realmente llamativo es que se comience el Título dedicado a los principios constitucionales del proceso penal, de manera inconsecuente, con lo que no son sino reglas generales del proceso que la Constitución no menciona como explícitamente predicables en términos tan genéricos respecto del proceso penal.

La buena fe procesal no es sino un concepto jurídico indeterminado que la Constitución no menciona.

La jurisdiccionalidad es predicable de todo proceso judicial. De iure, puede entenderse una regla relacionada con la potestad jurisdiccional “en todo tipo de procesos” de juzgar y ejecutar lo juzgado a la que se refiere el art. 117.3 CE y no parece estar ausente de la función de garantía de cualquier derecho -no sólo fundamental- que una ley puede asignar al Juez.

Y en cuanto al principio de legalidad procesal, que consagra el sometimiento a la ley procesal tanto de los tribunales como de todos los intervinientes en los procedimientos, no cabe sino afirmar que es un principio general de todo tipo de

Asociación defiscales

proceso judicial proclamado en las diversas leyes de enjuiciamiento civil, criminal y laboral, pero no está explícitamente aludido en el texto constitucional.

Lo dicho sirve para cuestionar y objetar tanto la ubicación sistemática de estas reglas en el frontispicio del Título Preliminar, donde en realidad debiera figurar una proclamación general de las garantías del proceso debido acorde con los textos internacionales, como específicamente la previsión del párrafo segundo del art. 1 ALECRim.

En el texto del articulado se contemplan infracciones de legalidad procesal a las que se anudan sanciones de nulidad absoluta pese a que su nivel de contravención se detiene en el ámbito de la legalidad infraconstitucional y no han sido apuntadas en la actual doctrina constitucional, construyendo hipérboles garantistas ni siquiera atisbadas en la doctrina constitucional.

Lo que se quiere expresar es que algunas sanciones de nulidad que implanta el anteproyecto no se derivan del diseño constitucional del proceso penal que contiene la Carta Magna, sino son simple decisión de un prelegislador ordinario de nivel infraconstitucional, que impone un rigor desconocido en derecho comparado especialmente en lo que se refiere al Ministerio Fiscal.

De ahí que, por todas las razones pueda sugerirse:

Propuestas:

I) una enmienda de mejora técnica consistente en un cambio de ubicación de las reglas generales del proceso penal en el sentido de extraer tales principios generales del Título consagrado a los principios constitucionales

II) y, en todo caso, una enmienda de supresión del párrafo segundo del art. 1, pues ningún efecto distorsionador se deriva de ello y presenta ventajas de mayor y mejor acomodación sistemática y estructural. Los actuales arts. 1 a 3 pueden reproducirse -con la supresión indicada- como nuevo Título I del Libro I, donde se insertan las "Disposiciones Generales".

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES (ART 4 A 6)

Comentario: las disposiciones del Capítulo II relativas a los principios generales de restricción de derechos fundamentales (arts. 4 a 6) merecen un juicio positivo y se hallan conformes con las exigencias garantistas que se desprenden de la Constitución, los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y la interpretación que de sus preceptos viene haciendo tanto la jurisprudencia paneuropea del TEDH como la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Respecto del **art. 5** En relación con la primera de las prohibiciones cabe efectuar **un inicial comentario crítico**. Amén de que la propia Constitución proscribe ya en su art. 15 el sometimiento a tortura o tratos inhumanos o degradantes en coherencia con su proclamación del derecho a la vida y a la integridad física y moral, lo cierto es que el Código Penal vigente, ya desde su primigenia redacción en 1995, contempla el delito de tortura en su art. 174.

En dicha medida, cabe plantear si no resulta ya suficiente con el instrumento penal, que seguirá siendo el realmente efectivo de cara a la prevención general y especial de conductas de tal índole criminal, y hasta puede cuestionarse si tiene un sentido estrictamente imprescindible, en función de que aporte o no algún valor añadido.

Propuesta: una *enmienda de supresión* de tal previsión por razón de obviedad e innecesariedad. Ello al margen -y sin perjuicio- de entender procedente y clarificador mantener en el art. 21 la inadmisión absoluta de pruebas que procedan, directa o indirectamente, de tales actos constitutivos de torturas, tratos inhumanos o degradantes, e incluso conservar las reglas de imposibilidad de aplicación de criterios de oportunidad e investigación exhaustiva sin posibilidad de archivo prematuro en los supuestos de sospecha mínimamente fundada de empleo de tortura, tratos inhumanos o degradantes, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TEDH y nuestra doctrina constitucional.

CAPÍTULO III

DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ART 7 A 10)

Comentario: el Capítulo nos merece una valoración crítica notablemente positiva. En sus **arts. 7 y 8** regula con modernidad, completud y exactitud y de una manera acorde con la más significativa y reciente jurisprudencia del TEDH y el Tribunal Constitucional, la eficacia y operatividad extraprocésal y procesal de la **presunción de inocencia** en todas sus facetas o dimensiones, esto es, como regla de tratamiento de la persona encausada durante el proceso hasta sentencia firme, como regla de juicio y como regla probatoria.

Con todo, la novedad más trascendente que contiene el capítulo es el **art. 10**, sobre **resarcimiento de la privación de libertad seguida de sentencia absolutoria**, con cuyo contenido el prelegislador cubre el vacío dejado por la STC 85/2019, de 19 de junio, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. “por inexistencia el hecho imputado” y “por esta misma causa”, por vulneración de los arts. 14 y 24.2 CE, esto es, del principio de igualdad y de la presunción de inocencia.

CAPÍTULO IV

DERECHOS DE LA PERSONA ENCAUSADA A LA DEFENSA, AL CONOCIMIENTO DE LA ACUSACIÓN Y A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMA (11 A 17)

Comentario: también se acomoda a la jurisprudencia europea, a la doctrina constitucional más reciente y a la más reciente normativa supranacional europea la regulación contenida en el Capítulo IV (arts. 11 a 17) que concreta el significado, alcance y contenido del **derecho de defensa** de la persona encausada.

Artículo 15. *Derecho de acceso a las actuaciones*

Propuesta: En el número 2 de este artículo se propone una redacción alternativa del siguiente tenor: *2. El derecho previsto en el apartado anterior podrá exceptuarse cuando exista un riesgo grave para la vida, integridad física o libertad u otros derechos fundamentales de alguna persona, cuando sea razonablemente previsible que el conocimiento o acceso a todo o parte de las actuaciones pueda suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba, o cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación o se pueda menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado. En los supuestos en que se haya declarado el secreto del procedimiento de investigación conforme a lo dispuesto en los artículos 578 a 581 será aplicable lo previsto en los artículos 265 a 267 de la presente ley.*

Tal propuesta encuentra justificación en adecuar las excepciones al derecho al acceso a las actuaciones a las previsiones de la Directiva 2012/13/UE y mejorar técnicamente la disposición mediante un reenvío expreso a las disposiciones que regulan las especialidades procedimentales aplicables en caso de decretarse el secreto de actuaciones.

CAPÍTULO V

GARANTÍAS DE UN PROCESO EQUITATIVO (18 A 24)

Comentario: en el Capítulo V se establece una serie de garantías que pretenden asegurar el carácter equitativo del proceso y se concretan en disposiciones relativas a la predeterminación legal, la independencia y la imparcialidad de los órganos judiciales, las pruebas a incorporar al proceso, el *ne bis in idem* procesal, el derecho a la doble instancia penal y la prohibición de *reformatio in peius*.

Artículo 19. *Imparcialidad objetiva.*

Comentario: el artículo contempla una serie de disposiciones aparentemente tendentes a garantizar la imparcialidad objetiva del órgano judicial competente en cada caso, que supuestamente pretenden asegurar *en y para* la autoridad judicial una posición de tercero imparcial ajeno a la pugna entre partes acusadoras y defensoras.

Pero ello no quiere decir que todas las reglas competenciales contempladas en el precepto sean conformes con el patrón del modelo procesal adversarial que se desprende del derecho comparado. En realidad, se han excedido notablemente las habitualmente asignadas a la figura judicial que interviene a lo largo del procedimiento de investigación. La propia exposición de motivos explica en su apartado VIII que se opta por un juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones y se prefiere utilizar la denominación de “Juez de Garantías”, aunque “en puridad este nombre solo designa una faceta determinada de las diversas tareas que son encomendadas a la autoridad judicial”.

El inconveniente es que la propia Constitución, en su artículo 117.4, señala que los Juzgados y Tribunales “no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior” (esto es, las de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” del 117.3) y “las que expresamente les sean atribuidas en garantía de cualquier derecho”.

En derecho comparado, el Ministerio Fiscal suele ser el responsable de la investigación preliminar que se despliega en la etapa preparatoria del proceso penal y el juez que interviene en esta fase lo hace en garantía de derechos fundamentales sustantivos y procesales, pero respetando la autonomía funcional y orgánica de aquél. Sobre esta base, el juez suele asumir cuatro grupos de competencias:

- 1.- Las autorizaciones y decisiones sobre las medidas cautelares y actos de obtención de elementos que puedan servir como material probatorio si afectan derechos fundamentales.
- 2.- Las decisiones que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (querellante adhesivo o exclusivo, como acusaciones no públicas, o actor civil).
- 3.- Las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil.
- 4.- Los actos de “anticipo de prueba” (definitivos o irreproducibles de cara al juicio oral).

Pues bien, el anteproyecto, en el art. 19 y a lo largo del articulado que lo desarrolla especialmente en los Libros III y IV, **otorga al Juez de Garantías un papel de control, hipervigilancia y supervisión permanente de la actividad del Ministerio Público que excede con mucho de lo previsto en cualquier otro Código de Proceso Penal** de derecho comparado.

La situación en cierto modo puede calificarse de paradójica pues el **legislador español parece recelar del Ministerio Fiscal español** más que lo hace cualquier otro legislador del mundo respecto de su Ministerio Público nacional, lo cual resulta llamativo a la vista de que el Ministerio Fiscal español precisamente, conforme a lo dispuesto en el art. 124 CE, lleva a gala como marca identitaria ser el único que en derecho comparado tiene asignada a nivel constitucional, como

Asociación defiscales

misión primaria, la promoción de la acción de la justicia -no de la injusticia- en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, y ello con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, de los que los principios de unidad de criterio y dependencia jerárquica son meramente instrumentales.

La extrema desconfianza es particularmente sorprendente siendo que la práctica desde la aprobación del texto constitucional acredita sobradamente que, por formación, convicción e interiorización en sus miembros, la trayectoria de la institución y sus miembros no puede calificarse de deficitaria en el compromiso con tales principios, valores e intereses constitucionales. Todo lo contrario. No existen quejas en la ciudadanía al respecto ni especiales reproches a la actuación del Ministerio Fiscal en la doctrina constitucional que superen las quejas apreciadas respecto de la actuación judicial. La propia existencia y cometidos de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional es un reconocimiento de ese papel constitucional que constituye elemento definitorio y diferencial frente al resto de los Ministerios Públicos del orden mundial, cuya función se centra casi de modo exclusivo en la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción pública en el procedimiento penal.

Lo más censurable es que el anteproyecto no se preocupa tanto por la inacción del Ministerio Fiscal sino por erigir constantes obstáculos a la persecución razonable precisamente de los fenómenos delictivos más complejos que especialmente inquietan a la ciudadanía más sensible con la defensa de los intereses colectivos de probidad política y económica.

Y si lo que se quiere enfrentar mediante un diseño de extrema intervención y supervisión judicial de grado no parangonable en derecho comparado es la sospecha de un sector del poder judicial o de la opinión pública y publicada que se desprende de la combinación de lo establecido sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado y la relación de subordinación a éste de todos los miembros del Ministerio Fiscal, la solución se encuentra en un trabajo de reformas en los planos estatutario y orgánico, no en el marco normativo procesal penal mediante un hiperbólico desarrollo -que cabría tildar de jurídicamente patológico- de la intervención judicial en aspectos de la fase preprocesal que no lo precisan desde el cabal entendimiento del art. 117.4 CE.

En especial, resulta particularmente contraria a un adecuado entendimiento de la autonomía orgánica y funcional del Ministerio Fiscal, con desconocimiento palmario del alcance y significación del apartado 2 del art. 124 CE y del art. 2.1 EOMF, la distorsionadora previsión del ordinal séptimo del art. 19 ALECRim que atribuye al Juez de Garantías *resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal* (luego confirmada y desarrollada en el art. 585). No se entiende bien que si los decretos no afectan específicamente derechos fundamentales estén sometidos al Juez de Garantías, pues entonces éste asume funciones de juez “de o para” la investigación preliminar y no de las garantías.

Si el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por órganos propios, las impugnaciones contra sus decisiones no pueden plantearse ad extra de sus órganos propios

Asociación defiscales

instaurando una confusa y confundida relación orgánico-funcional entre Fiscal y Juez de Garantías.

Cualquier Fiscal puede reconsiderar su criterio por sí mismo o a instancia del superior si la defensa u otra acusación le pone de manifiesto argumentos fácticos y jurídicos atendibles que no hay tomado suficientemente en consideración en una primera decisión. Al igual que las impugnaciones ordinarias (recursos) frente a decisiones judiciales se plantean ante los mismos órganos judiciales que las adoptaron u otros que se disponen en superioridad dentro de su respectivo orden orgánico, debe respetarse el orden jerarquizado orgánico del Ministerio Fiscal sin caer en una suerte de híbrido de impugnación recursiva ante un órgano judicial que no puede erigirse en una especie de superior orgánico de un Fiscal actuante que adquiera una posición subordinada. Los respectivos ámbitos de autonomía e independencia orgánica deben ser objeto de irrestricto respeto. Si, con razón o no, se duda legítimamente del control institucional interno que pueda determinarse, lógicamente cabe establecer mecanismos de revisión externa, pero ni por su naturaleza ni por su terminología pueden emplearse fórmulas parangonables a lo que sustancialmente se entiende por recurso o impugnación.

En los códigos de procedimiento penal de derecho comparado que siguen el patrón del modelo adversarial con investigación a cargo del Ministerio Fiscal, no es extraordinaria la opción de instauración de controles internos.

Lo que aquí se propugna no es excluir de todo control externo judicial la actividad que el Ministerio Fiscal despliegue en el curso del procedimiento de investigación.

Es posible -y se considera más correcto- establecer una vía jurisdiccional de tutela de derechos para cuando el sometido a las diligencias preliminares o la investigación preparatoria considere que no se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales, que sus derechos no han sido respetados, que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, a fin de que la autoridad judicial tutele, proteja, subsane o dicte las medidas pertinentes en protección de los derechos del imputado, lo que no es en ningún caso un recurso o impugnación, sino una petición de tutela de derechos a la autoridad judicial en función de garantía. E igualmente dicha vía o acción puede servir a la víctima o perjudicado por el delito para acudir a la autoridad judicial en defensa de sus intereses en relación con decisiones de archivo inicial previo o definitivo tras la investigación por carecer los hechos de carácter delictivo o por razones de oportunidad.

Propuesta: propuesta de enmienda para el ALECRim sería, por consiguiente, establecer un **específico incidente en tutela de derechos fundamentales** precisamente en relación con aquellas decisiones o prácticas del Fiscal en que resulte afectado un derecho fundamental en los casos en que un sometido a investigación, una víctima, un perjudicado u otra parte con legitimación *ad procesum* lo requiera con suficiente justificación objetiva y razonable.

Artículo 20. *Garantías probatorias*

Comentario: del art. 20.2 se desprende que la regla general es que las diligencias de la fase de investigación carecerán de valor probatorio, con las excepciones que figuran en el propio precepto.

Por consiguiente, las actuaciones preprocesales del Fiscal carecerán de valor probatorio alguno. Sus diligencias son preliminares y sirven tan solo para preparar y tomar una decisión sobre el ejercicio de la acusación. En la actualidad, respecto al valor probatorio de las diligencias del Fiscal, como expresó la STS de 21 de abril de 2015 (nº 228/2015, FD 1º), la Ley procesal les confiere una presunción de autenticidad (art. 5 EOMF).

La opción del ALECRim es negar todo valor probatorio a las diligencias preliminares de investigación practicadas por el Fiscal. Ni siquiera les atribuye una presunción de veracidad que sólo permanecerá si acaso en el supuesto de que se mantenga la actual previsión del art. 5 EOMF.

Artículo 22. *Prohibición de doble enjuiciamiento.*

Comentario: Respecto de la previsión contenida en el apartado 3 del art. 22 resulta altamente cuestionable que deba ser precisa la autorización judicial para reabrir el procedimiento de investigación archivado provisionalmente que se haya dirigido contra una persona determinada. Se **trata de una autorización no sólo llamativa sino incomprensible en un modelo en el que al Fiscal se le asigna la responsabilidad del proceso de investigación.**

Propuesta: Por ello se propone una **enmienda de supresión absoluta del núm. 3 del art. 22 ALECRim.**

Conclusiones

En términos generales, el Título Preliminar enuncia principios, derechos y garantías que tienen anclaje en el texto constitucional y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Constituyen elementos rectores del proceso penal que son luego objeto de despliegue y desarrollo en los libros posteriores que integran el Anteproyecto.

Ciertamente, hay una intensa presencia de acomodación a textos internacionales en materia de derechos fundamentales y de recepción y positivización de jurisprudencia europea del TEDH y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

No obstante,

1.- Contiene previsiones (arts. 1 a 3) que debieran estar ubicadas no entre los principios constitucionales sino entre las Disposiciones Generales del Libro I del ALECRim.

2.- Enfatiza una apelación a la prohibición de la tortura y el trato inhumano cuando la proscripción de la misma y el efecto anudado de prevención general y especial lo proporciona decisivamente el instrumento penal contemplado en art. 174 CP, siendo impropia y prescindible en el código procesal penal, máxime en un Estado con los niveles de democracia plena como el español en el que la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales tienen fuertemente interiorizadas las reglas del Estado de Derecho.

3.- Asigna al Juez de Garantías una intervención excesiva e innecesaria -que anticipa el art. 19 y confirma el resto del articulado del ALECRim- que desnaturaliza la figura y en ocasiones parece desbordar lo que estrictamente se desprende del art. 117.4 CE (función de garantía de derechos).

4.- Confunde y no respeta los roles y ámbito de autonomía funcional y orgánica del Ministerio Fiscal.

5.- Recela del Ministerio Fiscal español más que lo hace cualquier otro legislador del mundo respecto de su Ministerio Público nacional, lo cual resulta llamativo a la vista de que el Ministerio Fiscal español precisamente, conforme a lo dispuesto en el art. 124 CE, lleva a gala como marca identitaria ser el único que en derecho comparado tiene asignada a nivel constitucional, como misión primaria, la promoción de la acción de la justicia -no de la injusticia- en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, y ello con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, de los que los principios de unidad de criterio y dependencia jerárquica son meramente instrumentales.

Libro I

Disposiciones Generales

TÍTULO I

LOS TRIBUNALES DEL ORDEN PENAL (ART 25 A 48)

CAPÍTULO II

LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES (ART 28 A 41)

Artículo 33. *Competencia para los recursos*

Comentario: la atribución del conocimiento del recurso de reforma a una sección distinta del tribunal de enjuiciamiento vivifica este recurso, por más que lo desnaturalice. Lo vivifica porque, conocerá del recurso un tribunal no condicionado por sus decisiones anteriores. Lo desnaturaliza porque ya no estamos ante un recurso no devolutivo, por más que, formalmente, el órgano ante el que se interpone sea el mismo.

Artículo 34. *Competencia para la ejecución de las sentencias*

Comentario: se desaprovecha la ocasión de crear una figura de nuevo cuño, con competencias relativas a toda la ejecución penal, sobre la base de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que sería el Juez de ejecución penal, lo que acabaría con la dicotomía actualmente existente entre órganos de ejecución de las penas.

Artículo 36. *Determinación y efectos de la competencia por razón del aforamiento*

Comentario: El límite del auto de apertura de juicio oral es el reflejo de un consolidado criterio jurisprudencial. La STS 869/2014, de 10 de diciembre, ya resolvió la conservación de la competencia del Tribunal Superior para enjuiciar a otro coimputado en la causa, pese a haber decaído en la condición de aforado y la razón de es que la pérdida de la condición de aforado ocurre cuando ya se había dictado la resolución de apertura del juicio oral.

El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2015 establece que es el auto de apertura de juicio oral es el que determina la imposibilidad de una renuncia del aforamiento con efectos procesales.

Título II. Los sujetos del proceso penal (ART 49 A 139)

CAPÍTULO I

LA PERSONA ENCAUSADA (ART 49 A 60)

En términos generales, la regulación establecida para el derecho defensa en la Sección 1ª del Capítulo I del Título II merece un juicio crítico positivo. Recoge el concepto de ejercicio simultáneo o dual del derecho de defensa que se desprende del art. 24 CE.

Artículo 59. *Enjuiciamiento en ausencia*

Comentario: la tradición europea no impide la celebración de juicios en ausencia, si bien partiendo de la decisión voluntaria del acusado y sin establecer límite penológico alguno. Incluso, en algunos países, como Francia, el enjuiciamiento en ausencia tiene como objetivo principal la interrupción de la prescripción. Sin embargo, nuestro legislador se empeña en seguir el camino tradicional ya transitado por la vigente LECRM, despreciando las ventajas de permitir el enjuiciamiento en ausencia sin límite alguno, partiendo del conocimiento fehaciente que el sujeto tiene de la celebración del juicio. Configura la presencia en juicio como una obligación, despreciando la doctrina jurídica de los tribunales europeos. Esto acarreará, como sucede actualmente, problemas de extinción de la acción penal por el trascurso del plazo de prescripción.

Propuesta: abogamos por un enjuiciamiento en ausencia sin límite de petición de pena, pero, a su vez, limitado por la efectiva notificación al sujeto, cuyo deseo de no acudir a la vista debiera respetarse.

Capítulo II

La persona encausada con discapacidad (art. 61 a 80)

La Exposición de Motivos (apdo. XVII), considera como derechos esenciales de las personas con discapacidad, el de defensa, el de participación y el de autonomía o plenitud de facultades decisorias. Estas garantías operan en tres fases del procedimiento: reacción inmediata en la fase inicial (preprocesal o policial), adopción de medidas de apoyo iniciales, y el incidente judicial que evalúa y dictamina sobre los apoyos necesarios y actos procesales para los que se precisan.

Consideraciones generales.

Mencionar en primer lugar que, en relación con el colectivo con discapacidad, se puede aprovechar la reforma de la LECrim, para **potenciar la figura del fiscal protector-garante de los derechos de la persona con discapacidad**, ya sea esta víctima, encausada o testigo.

En consonancia con ello, la propuesta sería hacer «más accesible» la labor del fiscal cuando se ven concernidas personas con discapacidad, por ejemplo: facilitando y asegurando la comprensión de los decretos, diligencias o escritos de acusación. En la línea descrita, se podría incluir alguna mención en el texto prelegislativo que aborde esta vertiente del Ministerio Fiscal, concretamente en el cap. IV, incluido en el tít. II., que concreta las funciones, facultades y principios de actuación del ministerio fiscal.

Particularmente, en relación con las resoluciones judiciales, el art. 699 se refiere a la notificación de la sentencia a la persona encausada. Parece oportuno incorporar una mención específica a que esta resolución judicial se pueda realizar en formato de «lectura sencilla», donde el propio Ministerio Fiscal pudiera solicitarla.

Diversos preceptos que conciernen a las personas con discapacidad

A lo largo del articulado del anteproyecto se encuentran numerosos preceptos dedicados o referidos a la persona con discapacidad, donde interviene con diversa condición procesal. Consideramos, que, aunque alejados del capítulo que sirve de enunciado a este apartado, la conveniencia de introducir algunos comentarios por la conexión que guardan con la materia de discapacidad. Así:

Denuncia. El artículo 528 (sobre forma y contenido de la denuncia) omite la conveniencia de que se faciliten formularios en formatos sencillos o accesibles para personas con discapacidad, o que en la denuncia verbal.

Declaración testifical de la persona con discapacidad. El legislador se detiene en explicar y reconocer que las declaraciones de los menores y de las personas con

Asociación defiscales

discapacidad tienen características y especialidades que han de ser conocidas y respetadas para ser convenientemente abordadas. Se refiere a ellas en el art. 600 del anteproyecto, tratándolas conjuntamente, y lo hace bajo la misma rúbrica. Se trata de una asimilación que no parece conveniente. El legislador se aleja de otras iniciativas legislativas, como el proyecto de reforma de CC y LEC.

Pericial sobre el testimonio de la persona con discapacidad. Si, el legislador opta por la inconveniente asimilación entre menores y personas con discapacidad, no se entiende el porqué de la ausencia a cualquier referencia a unas reglas especiales sobre la prueba pericial referida al testimonio de personas con discapacidad que sí se contienen en relación con los menores en el art. 486.

Identificación en rueda de reconocimiento. Se observa otra omisión respecto de esta diligencia (arts. 306 y ss). Hay que atender especialmente al formato de la presentación de la rueda y al tipo de instrucciones que se dan a la persona. Entiendo conveniente que se hiciera mención a ello, siquiera de manera genérica. Se puede proponer una redacción, que me atrevo a sugerir: «Se practicará esta diligencia con atención a las particulares circunstancias de la persona con discapacidad y ajustándola al modo que se establezca por experto designado al efecto».

Interrogatorio en el acto de vista oral. resulta especialmente llamativa la previsión del art. 672 d), cuando dispone que «el testigo será interrogado *únicamente* por el presidente del tribunal». Parece totalmente inconveniente y carece de justificación que no se contemple, ni la intervención de la figura de apoyo que pudiera tener la persona ni la intervención de un experto o «facilitador», y que sea un magistrado quien asuma «en soledad» este rol tan importante y de tanta trascendencia para la persona.

La declaración de la persona investigada es abordada prolijamente en el anteproyecto. Sin embargo, existen especialidades reseñables respecto de las personas con discapacidad que se enfrentan a este acto que podían tener una mención específica, siquiera a modo de añadido a las consideraciones generales que se hacen en los arts. 317 y ss del anteproyecto.

Comentarios sobre el articulado referido a la persona encausada con discapacidad

SECCIÓN 1.a.

DERECHOS DE LA PERSONA ENCAUSADA CON DISCAPACIDAD

Artículo 61. *Noción de discapacidad*

Comentario: el texto recoge un concepto que no descansa en el modelo social de discapacidad y de derechos humanos de la Convención sobre los derechos de las

Asociación defiscales

personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 3 de diciembre de 2006 (en adelante CDPCD).

Se centra en la limitación o deficiencia de la persona y no en las barreras u obstáculos que discapacitan al individuo. Difiere del concepto de discapacidad de la CDPCD (art.1) y de la propia definición del CP (art. 25): «A los efectos de este artículo se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones».

Aunque la CDPCD y el CP se refieren a «deficiencias», creo que es más acertado el término «limitaciones» que recoge el anteproyecto.

Propuesta: consideramos oportuno que se incluya una referencia al carácter prolongado o a largo plazo de la limitación. Otras alteraciones deben ser valoradas, pero no incluidas en el concepto de «persona con discapacidad».

Artículo 62. Derecho de defensa

Comentario: aunque no encontramos objeción alguna a este precepto, sin embargo, la hallamos en la previsión del artículo 323 del anteproyecto que se refiere a la posibilidad de renunciar a la asistencia letrada, en los delitos contra la seguridad vial, salvo cuando la persona se encuentre detenida.

La Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales, **nada recoge sobre excepciones a la asistencia letrada**. Dice la Recomendación: (11) Derecho a la asistencia de letrado: «Si una persona vulnerable no es capaz de comprender y seguir el proceso, no debe poder renunciar al derecho a la asistencia de letrado, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2013/48/UE». La declaración en esta fase preprocesal, y para ese tipo de delitos, quizás pudiera plantearse **si la persona ha realizado esa manifestación de renuncia contando apoyo especializado**.

Artículo 63. Autonomía de la persona con discapacidad

Propuestas:

- a) Dos precisiones terminológicas:

El párr. 1 se refiere a la **sentencia de «prestación de apoyos»**. El proyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 17 de julio de 2020) no contiene esa denominación para referirse a la sentencia que establece medidas de apoyo a la persona con discapacidad. Se refiere a los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Por tanto, para una

armonización terminológica adecuada, sería preferible la referencia siguiente: «de conformidad con la sentencia de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad». La exposición de motivos de dicho proyecto se refiere a «provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad», por lo que está más extendida la referencia a **sentencia de «provisión» de medidas judiciales de apoyo**, en lugar de sentencia «de prestación».

Por otro lado, el último párrafo se refiere a **«persona discapacitada»**, lo que no concuerda con la designación general de «persona con discapacidad», que es más correcta.

- b) La cuestión que, sin embargo, entendemos más relevante es la que se refiere a la conveniencia de que se introduzca una mención referida a la necesidad de salvaguardar que la toma de decisiones se realice **sin influencias indebidas** y que **no puedan perjudicar a la persona**.

Artículo 64. Derecho a participar eficazmente en el proceso

Comentario: si se pretende un verdadero estatuto de la persona encausada con discapacidad, se puede ser más preciso, incluso, prolijo.

Propuesta: entendemos que se podría incluir **el derecho a la información accesible**, como presupuesto de la toma de decisiones autónomas y de la participación en el proceso, es decir, presupuesto de los arts. 63 y 64 del anteproyecto.

Otros derechos que se podían especificar:

Derecho a un proceso adaptado, podía constituir un derecho independiente del derecho a la participación.

El derecho al acompañamiento no se reconoce en este precepto. Sólo dice que «se permitirá, *de resultar preciso*». Creo que, si se conecta con el derecho a la autonomía, debe bastar que la persona *lo solicite o se entienda «conveniente»*.

Asimismo, podía incluirse **una referencia concreta a formas de asistencia y apoyo** a las personas con discapacidad, como expertos intermediarios o facilitadores.

Finalmente, en algún precepto podría ser de interés que se incluyera **una mención a la capacitación** para interactuar en el marco del proceso penal con personas con discapacidad. Es decir, que los actos procesales que se refieren a la persona encausada con discapacidad sean realizados por **profesionales con formación específica** para garantizar el correcto desenvolvimiento de todos los derechos reconocidos en esta Sección. Se evidencia así la importancia de una asistencia letrada especializada, por ejemplo.

SECCIÓN 3.^a. REGLAS PROCESALES

Artículo 70. Medidas inmediatas

Comentario: si la persona no es capaz de entender o ser entendida, **se debe hacer constar en la diligencia policial**. En cualquier caso, si lo precisa, **no se debe recibir declaración sin apoyo**, pues la presencia de un familiar no garantiza sus derechos, ni tampoco el simple hecho de que la declaración se grave (como indica el párrafo siguiente).

Artículo 72. Incidente para la adopción de medidas

Comentario en el Apartado 3: excluir la conformidad, supone excluir también ciertos beneficios a efectos penológicos. El juicio rápido o la conformidad pueden ser muy perjudiciales si no se presta el apoyo o asistencia especiales y ajustados a la persona.

Propuesta: entendemos que la exclusión de la conformidad o el juicio rápido se puede realizar **cuando la persona no pueda contar con apoyos o estos resulten insuficientes**. De admitirse esta opción, debe conllevar la salvaguarda de valorar **si la conformidad prestada responde a una voluntad real, manifiesta y libre de la persona**. Este artículo debe ponerse en relación con el art. 165 sobre "Conformidad de la persona encausada", donde no se menciona a la persona con discapacidad, salvo que se esté equiparando esta condición a la «enfermedad» (Me da la impresión de que se produce esta asimilación inapropiadamente).

Artículo 74. Libertad provisional

Comentario en el Apartado 2.: el sometimiento a tratamiento médico no está previsto dentro del catálogo de medidas del art. 217 referidas a las condiciones para acordar la libertad provisional. En todo caso, parece que su inclusión resulta más oportuna como «Medida restrictiva de libertad», donde, precisamente, se ubica la «custodia» (art. 228) a la que se refiere el párrafo siguiente. No creo que la medida de custodia abarque el tratamiento médico.

Artículo 75. Internamiento cautelar en establecimiento especial

Comentario: no parecen asimilables las situaciones, por lo que tampoco los plazos de revisión. Consideramos que, al menos, debe constar la previsión de que se pueda revisar la medida cuando la evolución del tratamiento determine la innecesariedad de su mantenimiento, lo que debe ser comunicado por la autoridad médica competente. No debe entenderse el internamiento, como tampoco lo es la prisión preventiva, como una pena anticipada.

CAPÍTULO III

LA PERSONA JURÍDICA ENCAUSADA (ART 81 A 86)

Artículo 81. *Representación de la persona jurídica encausada.*

Comentario: el sistema tasado de nombramiento pudiera resultar contrario al derecho de defensa, al restringir indebidamente la capacidad de la entidad para designar como representante a la persona que considere oportuno. El precepto obliga a nombrar, en primer lugar, al responsable de cumplimiento que, además de no existir en todas las sociedades, pudiera ser una persona o entidad ajena a la persona jurídica encausada, o podría ser el autor material del delito.

En todos estos casos, además, el apartado 3 no ofrece suficientes garantías para evitar el posible conflicto de intereses entre el representante y el autor del hecho delictivo, que no pueden recaer en la misma persona. La expresión “cualquier otra intervención en la práctica de la prueba” permitiría que la entidad nombrara representante a la persona física autora del delito que, en el nuevo diseño del proceso, no está obligada a declarar (intervenir) en el juicio.

Propuestas: I) supresión del carácter imperativo del sistema de designación del representante de la entidad; y II) mejora en la redacción de la cláusula para evitar conflictos de intereses entre el representante y la persona física autora del delito.

Artículo 82. *Régimen de la primera comparecencia.*

Comentario: el texto no aclara si el representante a que se refiere el apartado a) ha de ser el especialmente designado para representar a la entidad en el proceso. Además, la obligación de informar por escrito de los hechos atribuidos a la entidad se contradice con la regla general establecida en el art. 557.3, que solo prevé la información por escrito en los casos complejos. No toda responsabilidad de una persona jurídica es necesariamente compleja.

Propuestas: I) aclarar a qué representante se refiere el apartado a) de este artículo; y II) el sistema de información de los hechos a la entidad debe remitirse a las reglas generales establecidas en el art. 557.3 del texto.

Artículo 83. *Intervención de la persona jurídica.*

Propuesta: corrección de mero error material. Se reitera la palabra “también” en el párrafo segundo del apartado 2 de este precepto.

Artículo 84. *Juicio oral.*

Comentario: La incomparecencia del representante, en paradero desconocido, determina la aplicación del procedimiento de sustitución previsto en el art. 81. Por lo tanto, se reitera la propuesta relacionada con ese precepto.

Artículo 86. *Ausencia de la persona jurídica.*

Comentario: en el apartado 3 se regulan las especialidades de la publicación de las requisitorias emitidas contra una persona jurídica encausada. La remisión al art. 215 podría ser insuficiente, porque este precepto no contempla el supuesto de las personas jurídicas.

Propuesta: adaptación del art. 215 a los supuestos de persona jurídica. En casos de especial gravedad se podría prever la publicación de la requisitoria acompañada del logotipo, nombre comercial o marcas más relevantes de la persona jurídica encausada

CAPÍTULO IV

EL MINISTERIO FISCAL (ART 87 A 98)

En este capítulo se establece el régimen jurídico general de la intervención del MF en la fase de investigación.

Sección 1.ª Funciones, facultades y principios de actuación del Ministerio Fiscal

Artículo 89. *Principio de legalidad.*

Comentario: la “fundada sospecha” puede ser suficiente para iniciar una investigación, pero no para deducir y sostener la acusación en el juicio oral (art. 89.1.c). Una acusación requiere, al menos, la existencia de indicios racionales de criminalidad, de mayor entidad incriminatoria que la fundada sospecha.

Propuesta: añadir “en su caso”, en la letra c) del art. 89.1

Artículo 92. *Abstención y recusación de los miembros del Ministerio Fiscal.*

Comentario: se considera innecesario el “recordatorio” legal de la posible infracción disciplinaria derivada del incumplimiento de la obligación de abstención. Las infracciones disciplinarias vienen expresamente previstas en el EOMF, como el propio texto contempla.

Propuesta: supresión del párrafo segundo del art. 92.1

Sección 2.ª Asignación de asuntos

Esta sección merece un comentario general introductorio. Como es conocido, el art. 2.1 EOMF, dictado en desarrollo del art. 124 CE, define al MF como un “órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”. Su “relevancia constitucional”, su “autonomía funcional”, y sus principios organizativos informadores resultan incompatibles con varios de los preceptos contemplados en esta sección. Las funciones del MF se ejercen por medio de “órganos propios” que, en lógica consecuencia, han de ser organizados internamente. Por lo tanto, la distribución y asignación de asuntos, así como la resolución de las eventuales discrepancias, son materias que deben quedar reservadas al ámbito de auto organización de la institución y que, en consecuencia, han de estar reguladas en el EOMF (como se ha previsto en el art. 98 para la reasignación o avocación de asuntos). Una norma procesal no puede servir para determinar la organización interna del MF, como tampoco define los criterios organizativos de la oficina judicial. La única excepción vendría determinada por aquellos aspectos que pudieran afectar a las garantías del resto de las partes intervinientes en el proceso como, por ejemplo, la comunicación del Fiscal responsable de la investigación, a los efectos de poder ejercitar, en su caso, los incidentes de recusación.

Artículo 94. *Órgano de investigación.*

Comentario: este precepto requiere alguna precisión terminológica.

Propuestas: se formulan dos, en el sentido siguiente: I) en el apartado 3, eliminar la referencia a las “Fiscalías adscritas” a la Audiencia Nacional, porque solo hay una Fiscalía adscrita, que es la Fiscalía de la Audiencia Nacional; y II) en el apartado 5, eliminar la referencia al “principio de unidad orgánica”, que no está expresamente contemplado en el art. 124 CE ni en el EOMF.

Artículo 95. *Resolución de discrepancias*

Comentario: como se ha expuesto, los sistemas de resolución de discrepancias han de venir regulados en el EOMF, por tratarse de cuestiones de organización interna.

Propuesta: supresión de los apartados 3 a 5. Nueva redacción del apartado 2, en el sentido siguiente: “No existiendo dicha decisión, cualquier discrepancia sobre la Fiscalía competente para el conocimiento de un asunto será resuelta de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

Artículo 96. *Fiscal responsable de la investigación.*

Comentario: los criterios para la asignación de un Fiscal han de venir regulados en el EOMF, sin perjuicio de la obligación de identificación para conocimiento de las partes, a los efectos de que estas, por ejemplo, puedan recusar al Fiscal encargado de la investigación.

Propuesta: nueva redacción del apartado 1, en el sentido siguiente: “La dirección del procedimiento de investigación corresponderá al Fiscal que sea designado como responsable del mismo, conforme a los criterios establecidos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

Artículo 97. *Equipos de investigación*

Comentario: la creación de equipos de investigación y la asignación de asuntos han de venir regulados en el EOMF, por tratarse de cuestiones de organización interna. Establecer como regla general la asignación de asuntos a equipos de Fiscales puede resultar contrario al principio de autonomía del MF. Además, el apartado 1 presenta alguna imprecisión como la referencia a “asuntos de menor entidad”, que no tiene correspondencia con las clases de delitos previstas en el art. 13 CP (leves, menos graves y graves).

Propuesta: nueva redacción del apartado 1, en el sentido siguiente: “La investigación de los delitos podrá asignarse a equipos de Fiscales, de conformidad con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

Capítulo V

El estatuto de la víctima en el proceso penal (art. 99 a 115)

Comentario: se considera positivo que el Anteproyecto recoja expresamente un estatuto de la víctima, como ya hacían los borradores confeccionados en los años 2011 y 2013 en consonancia con la actual Ley 4/2015 “volcando”, como literalmente se hace constar en la exposición de motivos, el contenido de esta en su articulado, tanto como la concreta regulación que contiene al recoger las exigencias marcadas en la directiva 2012//29 completando así la actual regulación del estatuto de la víctima.

CAPÍTULO VI

LAS ACUSACIONES (ART 116 A 125)

En este capítulo se establece el régimen jurídico general de la intervención de las acusaciones. Se divide en dos secciones, dedicadas a las acusaciones particulares y populares, respectivamente.

Sección 1.ª La acusación particular

Artículo 117. *Defensa y representación de la acusación particular. Pluralidad de acusaciones*

Comentario: el precepto no aclara a quién corresponde la iniciativa de instar de la autoridad judicial la medida de agrupar las diversas acusaciones con una o varias representaciones y defensas. En todo caso, el Fiscal investigador debería tener esa capacidad de iniciativa en la fase de investigación.

Propuesta: nueva redacción del párrafo segundo del art. 117.2: “Sin embargo (...), la autoridad judicial competente en cada fase del proceso, a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los intervinientes, en resolución motivada y previa audiencia de las partes, podrá imponerles (...)”

SECCIÓN 2.ª LA ACUSACIÓN POPULAR

Artículo 121. *Límites subjetivos*

Comentario: en la letra c) del apartado 1 se contiene una referencia a los miembros de la carrera judicial o Fiscal que no viene acompañada de una aclaración sobre su situación administrativa. Además, en el apartado 2 se establece la prohibición de ejercer la acción popular a las “personas jurídicas públicas”. No obstante, la concreción ulterior no recoge algunos supuestos como, por ejemplo, las sociedades públicas mercantiles. Sería necesario aclarar el ámbito subjetivo excluido del ejercicio de la acción popular.

Propuestas: se formulan dos: I) en la letra c) del apartado 1, se debería aclarar que los miembros de la carrera judicial o Fiscal deben estar en servicio activo o situación administrativa asimilada; y II) se debería aclarar si el resto de las personas jurídicas públicas no citadas en el apartado 2 (como, por ejemplo, las sociedades públicas mercantiles) están o no excluidas del ejercicio de la acción popular.

Artículo 122. *Ámbito objetivo.*

Comentario: el catálogo de delitos que pueden ser perseguidos a través de la acción popular carece de un aparente criterio homogéneo. En la exposición de motivos se dice que se toma como referencia el borrador de Código Procesal Penal de 2013 (CPP 2013), en cuanto a la reseña de un listado de delitos. Sin embargo, en el CPP 2013 (art. 71, apartados 2 y 7) se incluían también los delitos cometidos por funcionarios públicos y los delitos electorales, que ahora aparecen excluidos. Por otro lado, en el AP 2020 se incluyen los delitos contra algunos bienes jurídicos protegidos de carácter colectivo (mercado y consumidores, financiación ilegal de

Asociación defiscales

partidos políticos o malversación de caudales públicos), pero se omiten otros como los delitos contra la salud pública previstos en los arts. 361 a 362 ter, por citar un solo ejemplo.

Propuesta: revisión del catálogo de delitos que pueden ser perseguidos a través de la acción popular.

Artículo 124. *Tiempo y forma para personarse como acusación popular.*

Comentario: la personación de las acusaciones particulares se realiza por escrito ante el propio Fiscal (art. 116.2). En el caso de la acción popular, el art. 124 exige una querrela ante el Juez competente. No se entiende la diferencia de trato, máxime cuando la acción popular solo se puede ejercer hasta el dictado del decreto de conclusión de la investigación, es decir, cuando el proceso se encuentra bajo la dirección del Fiscal. Se propone una solución homogénea, sin merma alguna de los derechos de los interesados que, en caso de denegación del Fiscal, podrán acudir al órgano judicial competente en función de la fase procesal correspondiente (como ocurre con quien pretenda personarse como acusación particular, según dispone el art. 566.4)

Propuesta: nueva redacción del art. 124.2: “La querrela habrá de formularse por escrito ante el Fiscal encargado de la investigación, y será suscrita por abogado”. Esta reforma implicaría la correlativa modificación del art. 568.

Artículo 125. *Defensa y representación. Pluralidad de acusaciones populares.*

Se propone la misma modificación que en el caso del art. 117.2, y por los motivos ya expuestos.

CAPÍTULO VII

LAS PARTES CIVILES (ART 126 A 139)

SECCIÓN 1.ª EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL

Artículo 128. *Extinción de la acción*

Comentario al Apartado 3: el legislador no aborda el supuesto de acuerdo de archivo por demencia sobrevenida. La LECrim. no utiliza esta terminología, pero está prevista como causa de “falta plena de capacidad procesal”, art. 79 LECrim, cuando el fiscal entiende que la continuación del procedimiento tiene por objeto la imposición de una pena (que no de una medida de seguridad). Podía ser conveniente que expresamente se reconociera el derecho a ejercer el derecho ante la jurisdicción civil por parte del perjudicado o sus herederos.

SECCIÓN 2.ª EL ACTOR CIVIL

Artículo 130. *Legitimación del actor civil.*

Comentario: La posibilidad de que el Ministerio Fiscal no ejerciera la acción civil cuando el perjudicado se muestra parte en el proceso, podía ser propuesta aprovechando esta reforma de la LECrim. Cuando concurre la petición de resarcimiento del fiscal y la de la parte, sin duda, la que se encuentra en mejor posición para defender sus propios intereses es el propio afectado. Por otro lado, el órgano jurisdiccional queda vinculado en cuanto a la base indemnizatoria por lo pedido por la parte perjudicada, aunque el fiscal solicite más a su favor.

TÍTULO III

RÉGIMEN GENERAL DE LAS ACTUACIONES, LAS RESOLUCIONES Y LAS PRUEBAS (ART 140 A 163)

CAPÍTULO I

RÉGIMEN GENERAL DE LAS ACTUACIONES (ART 140 A 143)

El régimen general establecido para las actuaciones parte de la aplicación general de la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades del texto proyectado (art. 140). Esta previsión es correcta, si bien cabe señalar un conjunto de limitaciones y precisiones a destacar.

Comentario general inicial sobre la cooperación internacional: las remisiones del art. 140.1 obligan a resolver los crecientes supuestos de necesidad de información o prueba en el extranjero acudiendo a normas procedimentales no penales, limitadas consecuentemente al escueto tenor de los arts. 276 a 278 LOPJ y del art. 177 LEC, un bagaje insuficiente e inadecuado para la materia, además de olvidar que es un ámbito en la que el Fiscal ya tiene un protagonismo lógicamente incrementado con la legislación proyectada.

El olvido afecta a todas las partes de la ley, no sólo a las reglas generales que aquí se comentan. En realidad, la materia se completa por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva; la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea; la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea; y la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior; además de las normas de aplicación directa de las convenciones multilaterales y bilaterales ratificadas por España.

El texto articulado solo menciona mecanismos de cooperación en casos contados (287, 494, 497, 655) y en ninguno establece mínimamente el procedimiento de cooperación. Por ello, sin perjuicio de la previsión contenida en la disposición final tercera del texto, se propone lo siguiente:

Asociación defiscales

- i) Una articulación de la materia de cooperación internacional en un capítulo específico dentro del Libro III. En el mismo se deben tener en cuenta:
 - Notificación de actos procesales en el exterior;
 - Localización e identificación de personas;
 - Constitución y funcionamiento de equipos conjuntos de investigación fuera de la UE o extensión del marco legislativo vigente;
 - La coordinación internacional de investigaciones;
 - El traslado de la protección de víctimas, testigos y peritos;
 - El traslado de resoluciones por las que se acuerdan medidas alternativas a la prisión;
- ii) La modificación del estatuto del Miembro Nacional Eurojust. El objeto es modificar su actual adscripción al Ministerio de Justicia (única en Europa) para vincularlo con la Fiscalía General del Estado, como sucede en el marco comparado general y adaptar su actuación a los principios de la ley.
- iii) Incluir en este texto las previsiones en relación con la Fiscalía Europea.
- iv) Incluir una DA asignando a la Fiscalía General del Estado las funciones de autoridad central de cooperación judicial internacional en materia penal, como lógicamente es general en el derecho comparado, tanto en Europa como en América.

Artículo 140. *Régimen de las actuaciones procesales.*

Comentario: el art. 140.2 *in fine* establece la validez de la actuación del Fiscal responsable de la investigación realizada fuera de su territorio. Aunque nada se indica, ha de entenderse que la Fiscalía General del Estado deberá dictar las correspondientes instrucciones para regular mínimamente los supuestos en que es posible y las comunicaciones que con posterioridad deben realizarse entre las distintas Fiscalías concernidas. Se hace necesario, por tanto, una expresa remisión a lo que disponga el EOMF en este punto.

Propuesta: nueva redacción del art. 140.2 *in fine*: “Las que hayan de practicarse fuera de la circunscripción de la Fiscalía competente podrán realizarse por el Fiscal responsable de la investigación o mediante auxilio de la Fiscalía correspondiente al territorio en que deban llevarse a cabo, en los supuestos y con los requisitos que se establezcan en el estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

Asociación de fiscales

Artículos 142 y 143. Sanciones procesales

Comentario: el art. 142 establece la posibilidad de aplicar correcciones procesales, por remisión a lo dispuesto en la LOPJ y en la LEC. Sin embargo, el Fiscal investigador solo puede imponer correcciones (art. 143) en dos supuestos, por incomparecencias (arts. 463 y 663). De esta forma, las facultades del Fiscal para la correcta dirección de la investigación quedan mermadas. Falta un precepto que, como dispone el art. 591 LEC, establezca una obligación general de colaboración con la investigación de la Fiscalía, reforzada con un sistema de sanciones frente a incumplimientos de ese deber, transgresiones de la buena fe procesal (arts. 247 y ss LEC) o, sencillamente, ante faltas de respeto en la práctica de las diligencias (arts. 552 y ss LOPJ). Si un LAJ puede imponer sanciones procesales (arts. 553 y 555 LOPJ), el Fiscal debería poder hacerlo en los mismos supuestos.

Propuestas: se formulan dos: I) nueva redacción del art. 143.1: “el Fiscal responsable del procedimiento de investigación podrá imponer sanciones en los casos previstos en el apartado primero del artículo anterior”; y II) introducción de un precepto similar al vigente art. 591 LEC, que establezca el deber general de colaboración con la investigación de la Fiscalía.

CAPÍTULO II

LA PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES (ART 144 A 149)

Comentario general inicial: el texto propuesto no se ajusta a todas la Recomendaciones formuladas por el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos en su Opinión (2013) nº 8, de octubre de 2013. Por ejemplo, sobre el deber de informar a las personas afectadas con carácter previo a la comunicación a los medios (art. 146.1, segundo inciso), que en el ámbito europeo se condiciona a que sea “posible y/o práctico”. Se hace necesario adaptar el texto a las recomendaciones europeas.

Artículo 145. Comunicación con los medios.

Comentario: el texto incide de nuevo en una distribución o asignación de funciones que solo pueden venir reguladas en el EOMF. Además, de manera incomprensible, el propio Fiscal encargado de la investigación queda al margen de la función de informar, que se atribuye en exclusiva al Fiscal jefe o al Fiscal portavoz. Paradójicamente, el Fiscal investigador es el único legitimado para autorizar a la policía judicial las comunicaciones a los medios, previsión que parece correcta.

Propuesta: nueva redacción del art. 145.2: “la función de informar a los medios corresponde a quien se determine en el EOMF o en las instrucciones de la Fiscalía General del Estado, y se hará directamente o a través de las oficinas de prensa adscritas a los órganos del Ministerio Fiscal”.

Artículo 147. *Revelaciones indebidas.*

Comentario: la redacción del precepto no es coherente con la regulación vigente en el Código Penal. Del texto propuesto parece deducirse que la revelación indebida del contenido de la investigación solo es delictiva cuando la comete un funcionario público. Eso supone desconocer los términos del art. 466 CP, que también considera delictiva la revelación cometida por abogados y procuradores, en los supuestos en que las actuaciones hayan sido declaradas secretas.

Propuesta: nueva redacción del art. 147.2: “Las revelaciones indebidas del contenido de las diligencias de investigación darán lugar a las responsabilidades penales, civiles o disciplinarias establecidas en las leyes o en los respectivos estatutos profesionales”. Esta modificación implicaría la supresión del apartado 3.

CAPÍTULO III

La documentación de las actuaciones (ART 150 A 152)

Artículo 150. *Régimen de documentación del procedimiento de investigación.*

Comentario: la idea general de que el procedimiento es estático y único para todos los operadores puede entenderse como correcta, en el sentido de que procura la simplificación de la gestión documental y posibilita la existencia de sistemas informáticos integrados. No obstante, el diseño normativo plantea algunos interrogantes sobre el funcionamiento práctico concreto de la investigación. No queda claro si la Fiscalía mantiene su propia oficina (para realizar citaciones, notificaciones, declaraciones, etc.), o si depende de la oficina judicial para la tramitación de sus diligencias de investigación.

Sin embargo, la cuestión va más allá de un mero problema organizativo, porque adquiere una dimensión institucional. De seguirse el modelo propuesto, es necesario establecer una relación clara de dependencia funcional del Fiscal sobre el LAJ, en condiciones semejantes a las que existen entre el Juez y el LAJ (art. 452.2 LOPJ). Las peticiones del Fiscal dirigidas al Juez de garantías no pueden hacerse depender del impulso del LAJ, sin control alguno por la Fiscalía. Del mismo modo, el texto no aclara si la dación de cuentas del LAJ incluye o no al Fiscal encargado de la investigación. Finalmente, se proponen algunas mejoras técnicas relativas a la constancia de las diligencias de investigación.

Propuestas: se formulan varias, en el sentido siguiente:

I) Modificación del art. 452.2 LOPJ, a fin de incluir a los Fiscales en su redacción. Alternativamente,

II) Modificación del art. 150.2.

Asociación defiscales

Apartado a): añadir "(...) dando cuenta de su presentación al Fiscal encargado de la investigación, cuando proceda".

Inclusión de un apartado g), con el siguiente tenor literal: "cumplir y velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopte el Fiscal en el ámbito de sus competencias"

III) Corrección de mero error material: el apartado 2 del artículo 150 aparece repetido.

IV) Nueva redacción del apartado 3: "A los efectos de la letra d) del apartado anterior, el Fiscal que lleve a cabo una diligencia de investigación extenderá acta de su resultado, que será firmada por cuantos hayan concurrido a la realización de la diligencia. Cuando la diligencia sea grabada, el Fiscal podrá optar porque se levante acta sucinta en la que se limite a dejar constancia de su realización y de los intervinientes, y será firmada exclusivamente por el Fiscal. En cualquier caso, el Fiscal podrá ordenar la transcripción por medios mecanográficos de cualquier acta manuscrita o grabada. El original de dicha acta y, en su caso, la transcripción, serán entregadas al letrado de la Administración de Justicia para su incorporación al expediente".

El apartado 3 pasaría a ser el apartado 4.

V) Relacionado con la anterior, se propone una nueva redacción del art. 420:

"1. De la realización del registro se levantará acta por el letrado de la Administración de Justicia en la que se identificará el lugar y fecha en los que se ha llevado a cabo, la hora de inicio y finalización, expresando las causas que lo motivaron, la descripción del registro y su resultado por el orden en que se realizó, las personas que participaron en él y las incidencias que se hayan producido, relacionando con suficiente detalle los efectos y objetos incautados.

El acta será firmada por todos los asistentes y se incorporará al procedimiento el original, así como la transcripción por medios mecanográficos si se hubiera levantado en forma manuscrita".

CAPÍTULO IV

Los gastos y costas procesales (ART 153 A 154)

Artículo 154. *Contenido.*

Comentario: se considera necesario ampliar el contenido de las costas procesales, a fin de abarcar los costes reales del sistema de Justicia. Se propone asumir la redacción contenida en el borrador de Código Procesal Penal del año 2013 (art. 141).

Propuesta:

“1.- Las costas incluirán:

- a) Los honorarios de abogado, aranceles de procurador en su caso y honorarios de peritos.
- b) La indemnización de testigos que la hayan reclamado.
- c) Otros gastos que se hayan ocasionado al Estado en la investigación y enjuiciamiento de la causa y cuya cuantía se encuentre reglamentariamente determinada. En los delitos contra la seguridad vial se incluirán, en su caso, en la cuantía y con el contenido que se determine, los gastos generados por la práctica de las pruebas de detección de alcohol o drogas.

2.- Sólo se impondrá el pago de las costas correspondientes a la acusación popular o particular que no ejercite la acción civil cuando su intervención en el proceso haya sido relevante para la condena.

Las costas correspondientes al actor civil sólo se incluirán si se hubiesen acogido totalmente sus pretensiones”.

CAPÍTULO V

LA FORMA Y LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES (ART 155 A 159)

Artículo 155. *Resoluciones del Ministerio Fiscal.*

Comentario: a diferencia de las resoluciones de letrados, jueces y magistrados, nada se dice de algunos aspectos formales de las resoluciones del Ministerio Fiscal. Así, por ejemplo, los arts. 156.2 y 157.1 establecen el deber de consignar fecha, lugar y nombre del firmante, previsión que no se contiene para el Fiscal. Se propone una regulación homogénea.

b) Propuesta: añadir un apartado 4, con el siguiente tenor literal: “En las resoluciones del Fiscal se hará constar el lugar, la fecha y el nombre y la firma de quien las dicta”.

Artículo 159. *Ne bis in idem.*

Comentario: la doctrina clásica sobre la prohibición del *bis in idem*, así como el art. 31 de la Ley 40/2015 y la jurisprudencia constitucional (ver, por todas, STC 189/2013, de 7 de noviembre), exigen la concurrencia de una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento. La redacción del art. 159 se refiere al “idéntico objeto y dirigido contra la misma persona”. La expresión “objeto” podría entenderse referida a los “hechos”, pero no necesariamente al “fundamento jurídico”. Es preciso aclarar estos extremos.

Propuesta: nueva redacción del art. 159.

“Las resoluciones con efecto de cosa juzgada excluirán todo procesal penal posterior sobre los mismos hechos, con el mismo fundamento y dirigido contra la misma persona”.

TÍTULO IV

LAS FORMAS ESPECIALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL (ART 164 A 185)

La regulación de las tres formas especiales de terminación del procedimiento penal previstas en el Anteproyecto, conformidad, oportunidad y justicia restaurativa suponen una novedad absoluta en el último de los casos, casi absoluta en el segundo y la introducción de numerosos cambios en el caso de la conformidad.

La terminación por conformidad (art. 164 a 173)

Comentario: la conformidad está regulada en los artículos 164 a 173 del Anteproyecto, y lo primero que llama la atención y debe ser motivo de aplauso es la reducción del número de formas de conformidad con que puede finalizar el procedimiento, ya que frente a las ocho previstas en la vigente LECrim pasamos a una sola modalidad, con alguna pequeña especialidad en el caso del procedimiento de enjuiciamiento rápido.

Las novedades del Anteproyecto son tres: se suprime el sistema actual de limitación de la conformidad en función del criterio de la gravedad de la pena, de manera que puede alcanzarse el acuerdo independientemente de la extensión de ésta; se potencia el control judicial del acuerdo, que no recae sobre el órgano de enjuiciamiento, sino sobre el llamado juez de la conformidad; y, en el caso de pluralidad de personas encausadas por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa, solo cabe la conformidad cuando sea prestada por todas las personas encausadas.

LA TERMINACIÓN POR RAZONES DE OPORTUNIDAD (ART 174 A 180)

Comentario: La posibilidad de terminar el procedimiento penal por razones de oportunidad está prevista en los artículos 174 a 180 del Anteproyecto, que representan un enorme paso cualitativo y cuantitativo respecto a la exigua e irrelevante regulación contenida en la vigente LECrim, que en su artículo 963. 1. 1ª limita la posibilidad de archivo a los delitos leves de muy escasa gravedad

LA JUSTICIA RESTAURATIVA (ART 181 A 185)

En los artículos 181 a 185 del Anteproyecto, y en la línea marcada por el artículo 18 LORPM¹, se prevé la instauración por primera vez en nuestro proceso penal de la justicia restaurativa.

Sin duda es positivo que le legislador penal explore la figura de la mediación, en línea con la normativa europea² que marca una serie de pautas para la implantación de la justicia restaurativa frente a la clásica justicia retributiva, si bien hay que advertir del peligro de ver en esta institución un instrumento para descargar los juzgados y tribunales, lo que nos alejaría de su esencia, que no es otra que restaurar aquello que el delito rompió mediante el encuentro entre víctima y delincuente que propicie un acuerdo entre ambos.

EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL

El Anteproyecto tiene entre sus novedades más significativas la desaparición de los jueces instrucción y el otorgamiento de la investigación de los hechos delictivos al fiscal. Esto, unido a la posibilidad de terminar el procedimiento penal por razones de oportunidad, a la ampliación del marco normativo de la conformidad, y a la regulación por primera vez en la historia de nuestro proceso penal de la mediación penal, conllevará un considerable aumento del poder de disposición del Ministerio Fiscal sobre la pretensión penal.

ANÁLISIS CRÍTICO

La decidida apuesta por el principio de oportunidad contenida en el Anteproyecto, junto a importantes beneficios, generará el riesgo de desnaturalizar principios básicos del proceso penal, como los de legalidad, indisponibilidad del objeto del proceso penal, búsqueda de la verdad material, oralidad, contradicción, inmediación y valoración de la prueba por un órgano jurisdiccional, pero además conllevará un fortalecimiento de los poderes del Ministerio Fiscal, en contraste con los del órgano de enjuiciamiento, no siendo exagerado afirmar que se producirá un desplazamiento del eje central del proceso penal desde el juez o tribunal hacia la acusación.

Partiendo de esta premisa, podemos señalar los siguientes puntos del Anteproyecto que podrían ser objeto de reforma, para suavizar el riesgo antes señalado.

¹ El art. 18 LORPM permite al Ministerio Fiscal, que ostenta la competencia para la instrucción del procedimiento, desistir de la incoación del expediente siempre que los hechos denunciados constituyan delitos leves o menos graves sin violencia o intimidación en las personas, y que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de igual naturaleza.

² La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, para cuya transposición España aprobó Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, obliga a los estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria, y para garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a dichos servicios.

1. Respeto a la terminación por conformidad:

Se debería establecer un sistema de limitación de la conformidad en función del criterio de gravedad de la pena. Es cierto que el art. 172. 3 señala que cuando la pena aceptada sea superior a cinco años de prisión, el juez de la conformidad oír a todas las partes acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos; no obstante, sentencias condenatorias por encima de determinado número de años de prisión deberían dictarse tras la celebración del juicio oral y bajo los principios de búsqueda de la verdad material, oralidad, contradicción, inmediación y valoración de la prueba por un órgano jurisdiccional.

El intento del Anteproyecto de evitar las conformidades alcanzadas justo antes del comienzo del juicio oral, lleva a fijar un plazo preclusivo de diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral (art. 171), plazo que debería ampliarse, ya que en la práctica imposibilitará que se alcancen conformidades que serían viables con un plazo más amplio.

El beneficio que obtiene el acusado que se conforma debería estar tasado, tal como ocurre en el actual procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, frente a la previsión del Anteproyecto (art. 170. 5), según el cual “el fiscal podrá solicitar la imposición de la pena inferior en grado”.

2. Respeto a la terminación por razones de oportunidad:

Pasar de solo poder archivar juicio por delitos leves (artículo 963. 1. 1ª de la vigente LECrim) a poder archivar causas por delitos castigados con penas de hasta seis años, parece dar entrada a la discrecionalidad de una forma muy amplia. Además, si bien el decreto de archivo del fiscal está sujeto a control judicial, no por eso deja de ser una decisión discrecional, ya que, de acuerdo con el art. 180, lo único que el juez de garantías puede controlar son los elementos reglados fijados en los artículos 175, 176 y 179, que no son más que el campo de juego dentro del cual opera el principio de oportunidad.

En esta impugnación debería admitirse la segunda instancia, expresamente prohibida por el art. 180. 5.

3. Respeto a la justicia restaurativa:

Se echa de menos una mejor delimitación del ámbito de aplicación de la mediación. Actualmente el único supuesto en que está expresamente vedada la mediación son los delitos de violencia de género (artículo 44. 5 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y artículo 87 ter. 5 LOPJ), no obstante, deberían existir prohibiciones a la mediación en función de cuáles hayan sido los bienes jurídicos lesionados y de la gravedad de los delitos. Frente a ello el Anteproyecto se limita a señalar que el Ministerio Fiscal, “según las

circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima”, podrá remitir a las partes a un proceso restaurativo.

La regulación contenida entre los artículos 181 a 183, es claramente insuficiente para poner en funcionamiento una figura procesal hasta ahora vedada a la justicia penal y que se desarrolla en gran parte al margen del proceso, por lo que será necesario elaborar una ley de mediación penal, al estilo del Anteproyecto de ley de impulso a la mediación de 2019, previsto para los conflictos civiles y mercantiles. Sin embargo, el Anteproyecto no prevé la aprobación de ninguna ley de este tipo en sus disposiciones finales.

4. Respecto a la reforma del EOMF:

En el Anteproyecto el fiscal asume la investigación de los delitos y con ello un papel preponderante dentro del proceso penal, y es en este nuevo rol donde se incardina la atribución en exclusiva al fiscal de la apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad (art. 90. 2), la previsión de que sea éste el que remita a las partes a un proceso restaurativo (art. 182.1), y la amplia capacidad de decisión que se le otorga en la conformidad. **En consecuencia, la previsión de reforma del EOMF (D. Final 2ª) no debería limitarse a adecuar la organización del Ministerio Fiscal a lo establecido en el Anteproyecto, sino que debería aprovecharse para profundizar y mejorar su autonomía como único medio para garantizar el correcto ejercicio de las nuevas funciones que tendrá encomendadas.**

LIBRO II

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES (ART 186 A 305)

TÍTULO II

LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES (ART 190 A 276)

CAPÍTULO I

LA DETENCIÓN (ART 190 A 215)

Artículo 206. *Habeas corpus*

Comentario: la disposición se refiere al derecho a formular su solicitud para impugnar la legalidad de la detención en la forma y con las condiciones establecidas en su legislación reguladora, pero llama la atención que, en relación con la vigente Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus», exista una discrepancia, al menos aparente, en cuanto a quienes pueden instar el procedimiento de habeas corpus, puesto que este precepto del anteproyecto se limita a referir que el detenido y su letrado defensor (como también contempla el art. 209.1.h para éste último) tiene derecho a ello, sin mencionar ni salvar al resto de legitimados para ello en la actual normativa, que recordemos son:

- a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales.
- b) El Ministerio Fiscal.
- c) El Defensor del Pueblo.

Se desconoce, por consiguiente, si el legislador pretende modificar, reducir o no y en qué sentido los legitimados para promover el habeas corpus, pero anunciada la “armonización” puede resultar preocupante lo ahora previsto en el texto del art. 206.

Propuesta: la recomendación de máximos sería o bien acompañar al ALECRim la regulación proyectada o bien introducir en el Anteproyecto una completa regulación material del derecho de habeas corpus en el art. 206 y del procedimiento para su ejercicio entre los procedimientos especiales del Libro VIII, al igual que se hace con los ahora previstos.

Y para el caso de mantener la pretensión de regular fuera de la LECRim todo lo relativo al derecho y procedimiento de habeas corpus, como mínimo debería acomodarse en la redacción actual una fórmula que anticipe la armonización con la legislación reguladora especial.

Artículo 211. *Incomunicación de personas privadas de libertad*

Comentario: Inspirado en el artículo 174 del Anteproyecto de 2011. Se suprime la limitación de la incomunicación a un listado de delitos contenidos en el apartado segundo de dicho anteproyecto. Se entiende que el riesgo para la vida o la integridad de las personas, la preservación de fuentes de prueba y la reiteración delictiva pueden suceder en la investigación de cualquier delito. Ahora bien, resulta chocante que no se excluya ningún tipo de infracción, ni siquiera los delitos leves. Por más que sea del todo punto evidente que el principio de proporcionalidad acotará su aplicación, debiera existir un criterio legislativo.

Artículo 212. *Régimen de la incomunicación*

Comentario: Mientras que en antiguo artículo 175 establecía la no comunicación a persona alguna de la detención, ahora esta prohibición no existe. No se entiende entonces cómo evitar el peligro previsto en el artículo 212 b) y c) (destrucción de pruebas y fuga).

CAPÍTULO III

LA PRISIÓN PROVISIONAL (ART 246 A 257)

Comentario: junto con los indicios de participación, el presupuesto que recoge el Anteproyecto para poder adoptar la medida de prisión provisional es que el delito objeto del proceso tenga señalada pena de prisión con duración igual o superior a los dos años.

Este límite mínimo, fijado como presupuesto esencial, se plantea en los mismos términos que la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, haciendo coincidir esta duración con la prevista para la posibilidad de enjuiciamiento en ausencia (art. 59), coherentemente con la finalidad de garantizar la presencia del encausado en la investigación y enjuiciamiento dado que por debajo de esa pena la sustracción del mismo a la acción de la Justicia no impediría la posibilidad de celebrar el juicio, a diferencia del supuesto en que la pena solicitada fuera superior, ocasionándose con ello la imposibilidad de enjuiciamiento.

Y, de la misma forma que el actual texto legal, la formulación del requisito suscita la duda de si el límite mínimo viene referido a la pena en abstracto fijada para el delito o bien a la pena en concreto que, en el caso particular y atendidas las circunstancias modificativas, grado de ejecución y participación pudieran imponerse. Este debate había sido abordado por el borrador de Anteproyecto del Código Procesal Penal de 2013, que disponía respecto al límite mínimo de duración de la pena de prisión señalada para el delito que fuera “no inferior a dos años en su límite máximo, atendiendo al grado de ejecución y a la modalidad de participación del encausado máximo, atendiendo al grado de ejecución y a la modalidad de participación del encausado”.

Asociación defiscales

La exclusión deliberada de esta precisión en el actual Anteproyecto debería ser interpretada en el sentido de que nos encontramos ante un límite referido a la pena en abstracto del delito, sin perjuicio de que las particulares circunstancias del caso concreto hayan de ser tenidas en cuenta para decidir si, concurriendo *a priori* este requisito, es procedente la adopción de la medida.

Por otro lado, el Anteproyecto trae de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente una precisión que ha sido cuestionada, cuanto menos en la formulación. Así, la previsión de que la concesión de la libertad provisional por el transcurso de los plazos máximos de duración de la prisión provisional no impedirá que esta se acuerde de nuevo en el caso de que la persona encausada, sin motivo legítimo, deje de comparecer a cualquier llamamiento, ya contemplada en el actual 504.4, debería reformularse puesto que permite deducir que la prisión puede ser ilimitada, ya a que a pesar de haber transcurrido por ejemplo el plazo máximo de prisión con prórroga para un delito, se permita una nueva prisión sin límites fijados, desnaturalizando la naturaleza de medida cautelar.

Otras modificaciones reseñables dentro del Anteproyecto las encontramos en la desaparición de toda referencia a comunicaciones de vencimiento de las dos terceras partes de duración máxima de la prisión del encausado, así como la supresión de que haya de excluirse del cómputo de los plazos el tiempo en que la causa sufriera dilaciones no imputables a la Administración de Justicia, lo que obliga por tanto a entender que toda dilación que sufriera la causa, aún imputable al propio investigado, deberá ser incluida en el cómputo, de tal manera que los límites de los plazos constituyen una barrera infranqueable.

“Régimen atenuado” de prisión provisional. El supuesto ordinario parte de la constatación de una necesidad derivada de la salud o la seguridad del encausado, determinante de que la privación de libertad se pueda desarrollar en régimen domiciliario o centro especialmente adecuado para el tratamiento de la razón de salud que motive la adopción de dicha medida. Se pone de manifiesto una notable atenuación del rigor que desprende el actual art. 508 LECrim, que no contempla el cumplimiento “a la carta” de la medida de privación de libertad y sólo admite las salidas durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, quedando por lo tanto excluida cualquier otra motivación. De hecho, cabe cuestionarse si el artículo 255 del Anteproyecto ha acabado de perfilar suficientemente la concordancia entre la causa y los efectos del régimen atenuado que configura.

En definitiva, si la prisión atenuada sólo se contempla por motivos de salud y seguridad no parece que tenga encaje la amplitud luego desarrollada y relativa a razones distintas de la salud. Y, si lo que se quiere es un régimen de privación de libertad amplio y menos gravoso que el internamiento en centro penitenciario, debiera haberse creado una premisa más amplia que los motivos de salud y seguridad.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES COMUNES (ART 258 A 274)

Artículo 261. *Comparecencia de las partes.*

Comentario: Con la regulación de forma expresa de la necesidad de la celebración de comparecencia y de la obligación impuesta al órgano judicial de convocar de inmediato a las partes para su práctica el prelegislador supera el vacío regulatorio (previsto en la actual LECrim) por el que en ocasiones la falta de convocatoria de la comparecencia por parte del Juez provoca la libertad provisional del investigado

Artículo 263. *Supuestos de urgencia*

Comentario: sería deseable por el prelegislador una mayor acotación de los *supuestos de urgencia* que legitiman la adopción de la medida cautelar personal por la autoridad judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal

SECCIÓN 2.ª ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES EN CASO DE SECRETO (ART 265 A 267)

Comentario general: La fórmula empleada por el prelegislador para configurar las exigencias de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012 al derecho nacional en el acceso por el investigado a los elementos esenciales de las diligencias de investigación determinantes del ingreso en prisión provisional puede colisionar con un excesivo recorte del interés público en la persecución de determinadas estructuras delictivas complejas y formas de delincuencia organizada.

El minúsculo plazo de 20 días a partir del ingreso en prisión del investigado en tramas estructuradas de delincuencia organizada en la que aún no se ha podido desentramar toda la jerarquía de la organización puede resultar frustrante desde el prisma de la eficacia y éxito de la investigación penal ejecutada. La exigencia de informar con prontitud al investigado en situación de prisión provisional (20 días) no puede concebirse sin distinción alguna respecto de los hechos que aconsejaron la adopción de la medida cautelar.

Sería deseable que, en atención a la complejidad o naturaleza de la investigación, se pudiera modular por la autoridad judicial dicho plazo, de forma que tras una adecuada ponderación entre: el sacrificio del derecho fundamental de defensa en el acceso a los materiales en contra del investigado y el riesgo de perjudicar una investigación en curso, se pudiera prorrogar dicho plazo de 20 días o ampliarlo a uno de mayor duración en recto equilibrio con los fines del proceso. Existen dos valores en conflicto: la necesidad de alcanzar la verdad en el proceso penal por medio de una investigación que resulte eficaz y útil a dicho interés público y el derecho de defensa en tener acceso y conocer los medios materiales que se han tenido en cuenta para la adopción de la prisión provisional. No parece que el cuadro de garantías constitucionales quede debilitado si se opta por una extensión mayor del plazo de 20 días ante fenómenos delincuenciales de indudable peligrosidad y complejidad

SECCIÓN 3.º CONTROL, REVISIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES (ART 268 A 272)

Artículo 270. *Revisión periódica de la prisión provisional y la orden de protección*

Comentario: es notorio que la privación provisional de la libertad del investigado, justifica una necesidad de control judicial más celoso, más meticulado pero la obligada imposición de una revisión trimestral de las medidas cautelares acordadas resulta excesiva cuando se dispone por las partes de la facultad de pedir dicho examen o reconsideración sin límite y sin sujeción a ningún requisito puede y debe cumplir los fines del sometimiento a un escrupuloso control judicial de la medida cautelar.

Artículo 272. *Abono.*

Comentario: el prelegislador podría haber introducido en este caso el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013 e implantar la esencia del modo en que ha de realizarse por el juez o tribunal la compensación. Es decir, podría haber introducido la raíz del juicio de equivalencia *“atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”* de esta forma se implementaría el criterio seguido por unanimidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo fijando, en la norma procesal, las bases argumentales sobre las que descansa la línea establecida por la doctrina jurisprudencial en materia del cómputo del abono del artículo 59 del código penal (que ha sido transpuesto al artículo 272 párrafo segundo del Anteproyecto).

CAPÍTULO V

DETENCIÓN Y PRISIÓN PROVISIONAL EN PROCEDIMIENTOS DE EXTRADICIÓN Y ANÁLOGOS (ART 275 A 276)

Comentario general: a diferencia del tenor literal de los artículos los artículos 824 y 829 de la LeCrim, que consagran un principio de obligatoriedad en materia de búsqueda de personas, en concordancia con el principio de legalidad recogido en el artículo 2 de la LeCrim, el Anteproyecto descarta el automatismo en la emisión de la solicitud de extradición, lo que nos obliga a buscar criterios guía que acrediten su procedencia.

No recoge el Anteproyecto los supuestos de retirada de la solicitud de extradición, y entendemos debiera hacerse. El silencio del Anteproyecto hace que quepa preguntarse si la decisión de retirar una petición de extradición tiene unos motivos concretos o está dejada a la libre voluntad del órgano judicial. Anticipamos nuestro parecer negativo, por más que esto la ausencia de regulación no sea una novedad, pues ya sucede con la vigente regulación de la extradición activa. Pese a dicho mutismo, la doctrina entiende que existen una serie de supuestos fácticos y jurídicos que permitirán su retirada.

TÍTULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES (ART 277 A 298)

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES (ART 277 A 287)

Artículo 282. *Supuestos de urgencia*

Comentario: consideramos que el artículo contiene dos términos confusos: “urgencia” y “traslado inmediato”. Pero, además, añade que contra el auto que ratifique la medida las partes podrán interponer recurso de reforma. Pero ¿y si no ratifica?, ¿o es que solo puede ratificar? No queda claro, consideramos que debería señalar simplemente que contra el auto que dicte puede interponerse recurso de reforma

CAPÍTULO III

MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DECOMISO (ART 291 A 293)

Artículo 293. *Intervención de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*

Comentario: la redacción del precepto contiene limitaciones a la actuación del Ministerio Fiscal que no se contemplan en la actual regulación. El art.1 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la ORGA, establece que la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos procederá, igualmente, a la localización de activos a instancia del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o en cualesquiera otras actuaciones en los términos previstos en las leyes penales o procesales.

Entendemos que la actuación del Ministerio Fiscal no debería necesitar de la solicitud al juez para que ordene a la ORGA que localice bienes, cuando en la actualidad podemos hacerlo.

Además, entendemos que puede entrar en contradicción con lo dispuesto en el art. 280.3 “*Cuando fuera preciso conocer la situación patrimonial de la persona investigada, sin perjuicio de la obligación que esta tiene de manifestar sus bienes, el fiscal podrá realizar, por sí o con autorización del Juez de Garantías cuando esta sea precisa, las diligencias necesarias para su averiguación*”.

Propuesta: consideramos que en el Anteproyecto debería quedar claro que el fiscal puede hacer una investigación patrimonial que incluya localización de bienes, a través de la Policía Judicial, o de la ORGA sin necesidad de intervención judicial

TÍTULO IV

ESPECIALIDADES EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA (ART 299 A 304)

Comentario general. La regulación ofrecida por el anteproyecto en esta materia se refiere a dos situaciones diferentes, de un lado el mantenimiento o no de las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria, artículo 299 del anteproyecto. Y de otro la posible coexistencia de un procedimiento administrativo de liquidación y cobro con un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública, referidos ambos procedimientos a los mismos conceptos impositivos, ejercicios liquidados y personas responsables, siendo así que la responsabilidad civil derivada del concreto delito coincide con la deuda tributaria liquidada, artículos 300 a 304.

La regulación contenida en el anteproyecto sobre estas dos situaciones es confusa y deficitaria.

Así por lo que hace a la primera cuestión, el **mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria** está contenida en el artículo 299 que establece una previsión análoga a la que ya se contenía en el artículo 81.8 de la LGT. Y decimos similar porque falta en el artículo 299 una consideración que entendemos esencial, la concreción de si el mantenimiento decretado judicialmente de la medida cautelar la transforma en medida judicial, consideración de la que se derivan importantes repercusiones.

El no pronunciamiento expreso sobre la conversión de la medida en judicial se presta a confusiones y conlleva la omisión de la necesidad de incoar pieza separada tal y como prevé el artículo 289.5 en el Título anterior, con ocasión de la regulación de las medidas cautelares en general.

Propuesta: entendemos que la previsión diferenciada de esta materia debería comenzar señalando que iniciado procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública, el Juez o Tribunal, a instancia de la Administración perjudicada o del Ministerio Fiscal y oídas las demás partes decidirá sobre el mantenimiento de las medidas acordadas por la Administración Tributaria en el procedimiento tributario, que conservarán su validez hasta que se decida su conversión en medida cautelar judicial o su levantamiento. Dando lugar así a la incoación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 289.5 a propósito de las medidas cautelares en general.

Y también sería el marco donde tendría cabida la segunda de las cuestiones cuya regulación afronta el anteproyecto, esto es: la continuidad de la actuación recaudatoria (así se rubrica el artículo 300).

Ninguna referencia contiene el texto del anteproyecto a la garantía ofrecida durante el procedimiento tributario, y de la regulación que se contiene en los artículos 303 y 304 parece estar orientada exclusivamente a la efectividad de los embargos acordados por la Administración Tributaria, lo que además apuntala la consideración que a continuación hacemos dado que el anteproyecto no se

pronuncia expresamente sobre la naturaleza de la garantía que en su caso se exija por el órgano judicial para acordar la suspensión.

En efecto, se entiende que la misma es una caución a semejanza de la regulada en el artículo 284 del propio anteproyecto como sustitutoria de la medida cautelar acordada, y siempre limitada a la responsabilidad civil, y que en cualquier caso deberá adoptarse en pieza separada de esta clase porque no olvidemos que la decisión sometida a criterio del órgano judicial es la suspensión del procedimiento administrativo, es decir, su paralización sin que sea posible la adopción de medida alguna en el seno del mismo una vez que está suspendido. Decisión frente a la que únicamente cabe recurso de reforma conforme al artículo 300.7.

Hemos de entender que la suspensión del procedimiento de ejecución administrativa no impide la adopción de medidas cautelares judiciales en la forma que establece el Título III del anteproyecto. Mención que no se contiene y que a la luz de la redacción del punto 6 del artículo 300.1 (“Excepcionalmente, el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciase que la ejecución puede ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”) se estima necesaria.

Otra cuestión va a ser la **estimación de los intereses de demora** cuando se desconoce el tiempo durante el que se van a estar devengando. Facilitaría la cuestión que se fijara algún criterio objetivo, al modo en que se hace en la LEC (artículo 575) que establece en un 30% del principal la cantidad por la que se puede despachar ejecución para hacer frente a los intereses que se generen durante el procedimiento de ejecución, o el propio artículo 281.2 del anteproyecto.

Otro problema lo plantea **la extensión de los efectos** del auto que declare la suspensión del procedimiento ejecutivo, y es que el artículo 302 establece distintas opciones ciertamente contradictorias. Así señala que la suspensión producirá efectos desde la constitución de la garantía (para lo que el artículo 301.2 señala un plazo que no podrá exceder de dos meses) o desde el dictado del auto que acuerde la suspensión si es sin garantía (supuesto del artículo 301.6) pero después añade que los efectos se entenderán retrotraídos al momento de la solicitud, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente (artículo 303 al que ya nos hemos referido a lo largo de esta exposición).

TÍTULO V

MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y A OTRAS ENTIDADES (ART 305)

Artículo 305. *Medidas específicas aplicables a las personas jurídicas*

Comentario: el precepto recoge que el juez adoptará la medida a instancia del Ministerio Fiscal. Esta legitimación choca también con la que, con carácter general, recoge el artículo 279 del Anteproyecto: “podrán solicitar medidas cautelares reales para asegurar la responsabilidad civil quienes puedan ejercitar la acción

civil en el proceso penal con arreglo a lo dispuesto en esta ley. El fiscal y la acusación particular también podrán solicitar medidas cautelares para asegurar el pago de la multa, las costas, la ejecución del decomiso y las consecuencias accesorias de carácter patrimonial que pudieran derivarse del delito”.

Propuesta: se propone como redacción alternativa la siguiente: “el juez podrá disponer a instancia del Ministerio Fiscal, de la acusación particular o de quienes ejerciten la acción civil”.

Libro III

De las diligencias de la investigación

TÍTULO I

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA PERSONA INVESTIGADA (ART 306 A 344)

Comentario: se trata de un grupo heterogéneo de medios de investigación orientados bien a determinar la autoría del hecho punible -identificación visual, utilización de marcadores de ADN-, bien a resolver las dudas que se puedan suscitar en relación con la edad, identidad, antecedentes, imputabilidad o cualquier otra circunstancia relevante acerca de una persona que ya está sometida a investigación -determinación de la edad, acreditación de antecedentes, observación psiquiátrica-. Junto a ellos, se contiene también en este Título la declaración de la persona investigada, las inspecciones e intervenciones corporales y la detección de alcoholemia y de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Análisis crítico y propuestas de mejora

La identificación en rueda se prevé como diligencia para identificar al “autor del hecho” (art. 306.2, 308.4). Teniendo en cuenta que en la comisión del hecho pueden intervenir también personas que puedan responder en concepto distinto al de autor y que puede que éste tenga que ser identificado, lo más acertado sería referirse al “responsable del hecho” o cualquier otra expresión que englobe todas las posibles formas de participación. Lo mismo puede decirse del reconocimiento inmediatamente posterior a la comisión del delito (art. 310.1 y 310.2.d), antecedentes de la persona investigada (art. 316.2)- y la toma de muestras biológicas de la persona investigada (art. 335.1).

A la hora de regular la composición de la rueda de reconocimiento (art. 307), se habla indistintamente de “persona investigada” (art. 307.1) y de “persona sospechosa” (art. 307.4 y 308.3), cuando parece que el prelegislador atribuye a ambos términos significados diferentes (en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se destaca con énfasis la intención de usar a lo largo del texto de manera precisa las diferentes denominaciones que sirven para referirse a la persona encausada).

Asociación defiscales

En el reconocimiento inmediatamente posterior a la comisión del hecho (*in situ*, art. 310), se prevé que una vez señalado al presunto responsable de los hechos - nótese que en el texto analizado se emplea el término “autor”- por el testigo, se llevará a cabo una rueda de reconocimiento con las demás personas que estén junto a él. No se entiende muy bien la necesidad de llevar esta rueda de reconocimiento, salvo que el señalado y las demás personas tengan una apariencia semejante que justificara la práctica de esa diligencia.

La práctica de este reconocimiento *in situ* debe ser grabada, lo que puede conllevar dificultades en la práctica (por ejemplo, que la dotación policial no tenga los medios adecuados para hacerlo con las suficientes garantías).

En la regulación de las pruebas para la determinación de la edad (art. 314), se dispone que, en caso de que sea precisa la realización de pruebas médicas que impliquen una inspección o intervención corporal, debe contarse con la autorización del Juez de Garantías con audiencia de la persona investigada y de su “representante”. Pudiendo tratarse del representante legal o del representante procesal, sería conveniente especificar a cuál de ellos se refiere el precepto. En todo caso, en la actualidad la práctica de este tipo de pruebas es realizadas a instancia del fiscal en el marco de unas diligencias preprocesales sin precisar autorización judicial. Resulta de difícil comprensión que no se contemple dicha posibilidad en el anteproyecto en la medida que atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación.

En el art. 316.1 se establece la incorporación a los autos de la hoja histórico penal del investigado, en la que no se incluirán “lo antecedentes cancelados”. Debe corregirse el error y sustituirse “lo” (pronombre) por “los” (artículo determinado relativo a antecedentes penales).

Al regular la declaración de la persona investigada, se advierten un error: la referencia a la comparecencia prevista en el art. 558 que se hace en el art. 317.1, ha de entenderse hecha a la prevista en el art. 557 -primera comparecencia para el traslado de cargos-. En este art. 557, además, se habla de que esta comparecencia debe convocarse desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuirle “la realización” del hecho punible, cuando quizá fuera más correcto decir “su participación en la comisión” del hecho punible.

En cuando a la documentación de la declaración de la persona investigada (art. 321), se impone de manera preceptiva su consignación en acta escrita (parece que debe ser un acta que recojan de manera pormenorizada los términos de la declaración), acta que debe ser extendida por el Fiscal, según se desprende de lo establecido en el art. 150.2; al mismo tiempo se establece, también con carácter preceptivo, su registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, con transcripción íntegra de su contenido cuando así lo acuerde el Fiscal o lo solicite alguna de las partes. Parece, por un lado, que la documentación en dos formatos de la diligencia puede ser redundante y suponer un esfuerzo superfluo por quien deba proceder a la documentación. Debiera ser el Letrado de la Administración de Justicia quien se encargará de llevar a cabo la

documentación de la diligencia y, en caso de que fuera procedente, de la transcripción de lo contenido en el soporte digital.

En el art. 322 se dispone que, en caso de que la persona investigada manifestara su voluntad de reconocer su participación en los hechos, el Fiscal, tras la declaración “la hará comparecer” ante el Juez de Garantías para que la reitere con las garantías previstas para el aseguramiento de las fuentes de prueba. No queda claro en qué concepto el Fiscal “la hará comparecer”, por lo que quizá, sería lo correcto decir que “la citará para comparecer” ante el Juez de Garantías a los efectos antedichos. Los términos en que está redactado el precepto parecen dar a entender una cierta restricción de la libertad del investigado que ha mostrado su voluntad de reconocer su participación en los hechos, lo que, en definitiva, no es más que una forma de colaboración con la justicia.

Todas las reglas que para la declaración de investigado se establecen en los arts. 317 a 322 deben ser observadas en la declaración de la persona sospechosa ante la Policía, según el art. 323. Algunas de ellas, es indiscutible que deben ser observadas también en la declaración en sede policial (instrucción de derechos, garantías en el desarrollo de la declaración...), pero otras o bien carece de sentido que se observen en la declaración en sede policial (por ejemplo, la posibilidad de que el investigado declare cuantas veces lo desee o la comparecencia ante el Juez de Garantías en caso de reconocimiento de hechos), o bien dificultan notablemente su práctica (por ejemplo, las relativas a la documentación en acta y en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen). Por ello, en lugar de hacerse una remisión genérica a “las normas establecidas en este capítulo”, debería precisarse cuáles de ellas son las que deben observarse, que, a nuestro juicio, son aquellas relativas a los derechos y garantías de los arts. 318 y 319.

En la regulación de las intervenciones corporales se prevé (art. 325) que, en caso de que se precise la inspección de la cavidad vaginal o rectal, y aun cuando se cuente con el consentimiento de la persona inspeccionada, debe mediar autorización judicial previa solicitud justificada del Ministerio Fiscal. Tres comentarios debemos hacer al respecto: el primero, que, aunque se intuye, no estaría de más que se especificara que esa autorización judicial le corresponde al Juez de Garantías; el segundo, que esta autorización del Juez de Garantías solo debería exigirse en caso de negativa de la persona afectada por la medida y no en el caso de que ésta la haya consentido; el tercero, que para salvaguardar aún más las garantías de la persona afectada y sin que sea necesaria la autorización judicial, ese consentimiento se preste con asistencia de abogado.

Mutatis mutandis, debe reproducirse el comentario anterior para la regulación de las intervenciones corporales graves (art. 328).

Para el caso de la persona investigada se oponga a la realización sobre ella de una inspección o intervención corporal, el Juez de Garantías puede imponer su cumplimiento forzoso, atendiendo a la necesidad de la actuación y a la gravedad del hecho investigado. No se establece en este trámite intervención del Fiscal, cuando éste, en cuanto director de la investigación, debe manifestarse sobre la procedencia del cumplimiento forzoso bien correspondiéndole la iniciativa para

que se proceda al cumplimiento forzoso, bien siendo oído por vía de informe una vez se suscite la cuestión.

En el art. 331, se limita la investigación mediante observación psiquiátrica del encausado, pero limitándola a aquellos supuestos en que se prevea la concurrencia de alguna de las circunstancias de los números 1º, 2º o 3º del art. 20 CP; no obstante, esta posibilidad debe extenderse no solo a los supuestos de concurrencia de la eximentes completas contempladas en dichos números, sino también en los casos de posible concurrencia de las mismas como eximentes incompletas, o cuando las circunstancias contempladas en los mismos, aun no reuniendo los requisitos para su apreciación como eximente -completa o incompleta-, pueda tener incidencia en su capacidad de culpabilidad por la vía, por ejemplo, de la circunstancia atenuante analógica. En definitiva, debe contemplarse la observación psiquiátrica cuando concurra en el encausado alguna circunstancia relativa a su estado psiquiátrico que pueda incidir de alguna manera en su capacidad de culpabilidad y, por lo tanto, en su responsabilidad penal.

En la recogida de muestras de la persona investigada para la obtención de perfil de ADN, se prevé la posibilidad de recogida de muestras abandonadas o de que, en caso de investigación por delito grave con declaración de secreto de actuaciones, se recojan las muestras sin conocimiento del interesado (art. 335). En cuanto a las muestras abandonadas, debe establecerse, la autorización por el Juez de Garantías a petición del Fiscal como remedio a la negativa del investigado a su uso para la comprobación de los hechos o de la identidad del autor; en cuanto a la segunda posibilidad, entendemos que debe utilizarse para la investigación de la comisión de un delito grave, añadiendo el informe favorable del Fiscal y eliminando el presupuesto de la declaración de secreto de las actuaciones.

La realización de pruebas de detección de alcoholemia y de consumo de drogas se establece en el art. 340 para que aquellos casos en que se haya producido un accidente de circulación y se observen en el conductor accidentado síntomas de embriaguez o de haber consumido drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Quizá sería más correcto, teniendo en cuenta que estamos ante un proyecto de ley reguladora del proceso penal, precisar el ámbito de tales pruebas en el sentido de circunscribir su realización a los supuestos de indicios de la comisión de delito contra la seguridad vial de cuyo tipo forme parte la circunstancia que se pretende comprobar esa prueba -hoy, 379 a 383- o de accidente de circulación en el que concurran indicios de haber podido cometerse un delito contra la vida o integridad física por medio de la utilización de vehículo a motor o ciclomotores. Tampoco parece correcta la expresión “conductor accidentado” por los mismos motivos.

Como novedad -art. 344- se prevé que para que el resultado de las pruebas de detección de alcoholemia o consumo de drogas pueda tener valor probatorio, debe ser sometido a contradicción en el juicio oral conforme a las reglas de la prueba pericial. No parece que el funcionario policial que lleve a cabo la prueba de detección deba ser tenido por un perito, sino más bien como un testigo.

Asociación defiscales

A diferencia de lo que sucede con las pruebas de alcoholemia, no se establece con claridad el modo de realización de la prueba de detección de consumo de drogas. Parece deducirse que deberá hacerse inicialmente un test de saliva y, solo cuando éste sea positivo o el conductor presente síntomas de haber consumido tales sustancias, se proceda a un análisis por procedimiento homologado a tal fin.

Además, debe remediarse el continuo empleo de minúscula para referirse al Fiscal o a la Fiscalía, debiendo advertirse que se emplean las mayúsculas para referirse al Juez de Garantías e incluso a la Policía.

TÍTULO II

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS CONVERSACIONES PRIVADAS (ART 345 A 393)

Comentario general. La exposición de motivos del nuevo texto señala: “la normativa introducida en 2015 es respetada y reproducida en lo esencial, sin perjuicio, no obstante, de introducir en el texto articulado algunas mejoras puntuales de orden técnico o de realizar ciertas alteraciones sistemáticas en beneficio de una mayor coherencia del conjunto”.

El desarrollo posterior del articulado, sin embargo, no parece respetar el propósito fijado por el prelegislador en la exposición de motivos del Anteproyecto. Aunque limitadas en su número, se introducen importantes modificaciones en la regulación vigente que vendrían a suponer un importante cambio en el uso de estas técnicas de investigación, en la mayoría de los casos, para limitar sensiblemente su uso y eficacia, con merma, lógicamente, de las facultades de investigación de las formas más graves de delito. De este modo, se reduce sensiblemente el plazo de duración de las intervenciones telefónicas y telemáticas, se limita seriamente las posibilidades de su utilización al condicionarla a la obtención de resultados durante los primeros 10 días de desarrollo de la medida, se modifica el régimen de grabaciones ambientales al impedir que puedan ser autorizadas para más de un encuentro concreto previsiblemente determinado. En la misma línea, ya en el Título III, “Observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen”, se prohíben determinados seguimientos policiales sin la previa autorización judicial y se somete al régimen de la previa autorización judicial las grabaciones de imágenes en lugares públicos realizadas por la policía.

Se trata de novedades que, en su mayor parte, han de motivar nuestra crítica, sobre todo, porque vienen a modificar una regulación de escasos años de vigencia que, en términos generales, se ha revelado como especialmente acertada para la salvaguarda de los derechos fundamentales comprometidos con el desarrollo de estas formas de investigación. A pesar del intensivo uso que se viene haciendo de esta clase de diligencias de investigación, a día de hoy no existe resolución judicial alguna que haya censurado alguno de los aspectos de la actual regulación cuya

Asociación defiscales

reforma ahora se propone. En consecuencia, no parece lógico ni procedente modificar lo que funciona bien y menos, si se atiende, como a continuación se expondrá, a que muchas de las modificaciones que el nuevo texto introduce redundarán en detrimento de la eficacia de la investigación de las formas más graves de delincuencia, con el consiguiente perjuicio para la sociedad.

Merece también nuestra crítica el escaso protagonismo que se atribuye al Ministerio Fiscal en la aplicación de las diligencias de investigación que se regulan en estos preceptos. Se convierte al Fiscal en mero transmisor de las necesidades policiales al Juez, careciendo de la más mínima competencia decisoria en esta materia.

No desconocemos la trascendencia de los derechos fundamentales que se ven limitados con las medidas de investigación que se regulan en estos títulos del Anteproyecto, pero ello no puede traducirse en el establecimiento de una absoluta reserva judicial que se va a traducir, sin duda, en el colapso o grave entorpecimiento de numerosas investigaciones. De este modo, por ejemplo, carece de sentido que en el ámbito general de la administración pública se atribuya al Estado capacidad para limitar el derecho a la intimidad de los ciudadanos, en algunos casos de manera especialmente invasiva, y, sin embargo, el Ministerio Fiscal carezca de la más mínima competencia que pudiera afectar a este derecho fundamental en un ámbito tan trascendente, además, como es el de la investigación del delito. Así, del mismo modo que la administración tributaria puede acceder a la información más íntima del contribuyente, no parece existir inconveniente en que el Ministerio Fiscal pudiera tutelar la intromisión en la intimidad que se produce con la práctica de seguimientos policiales, incluso en los casos en los que estos pudieran verse apoyados por dispositivos electrónicos.

TÍTULO III

OBSERVACIONES Y VIGILANCIAS FÍSICAS Y UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS DE SEGUIMIENTO, LOCALIZACIÓN Y CAPTACIÓN DE LA IMAGEN (ART 394 A 404)

Comentario general. El Anteproyecto de LECrim sujeta al régimen de autorización judicial previa, no solo la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, como hace ahora la regulación vigente, sino también los simples seguimientos policiales cuando lleguen a integrar lo que el art. 395 define como vigilancia sistemática, como ya hacían el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013. Esta previsión se nos antoja como excesivamente exigente, sobre todo, si se tiene en cuenta que tales seguimientos afectan únicamente al derecho fundamental a la intimidad personal, afectado en la sociedad actual, en numerosas circunstancias y situaciones que no requieren autorización judicial. Efectivamente, la intimidad personal se ve limitada hoy en día, en la moderna sociedad de la información, como consecuencia de numerosas prácticas que no están sujetas a la previa autorización judicial; pensemos en las numerosísimas videocámaras de vigilancia y seguridad (tanto públicas como privadas) dispersas por nuestras ciudades, en la multitud de datos personales que son manejados por la hacienda tributaria, o en los

Asociación defiscales

numerosísimos datos personales que manejan de cada usuario los proveedores de servicios de telecomunicación. Por lo tanto, si se permite que, tanto la administración como incluso las compañías privadas puedan limitar el derecho fundamental a la intimidad personal de los ciudadanos con la simple sujeción a determinadas previsiones legales, podría considerarse una exageración que la policía necesite autorización judicial para el desarrollo de la función más básica de todas las que puede desarrollar para “la averiguación de los hechos delictivos y el descubrimiento de sus responsables” (art. 530 ALECrim).

No desconocemos las posiciones doctrinales que postulan la necesidad de someter al control judicial hasta las más inocuas competencias policiales, pero no podemos compartir ciertos postulados que, bajo una pretendida defensa de los derechos fundamentales del individuo, sitúen bajo sospecha cualquier mínima atribución de responsabilidad a un cuerpo, como la policía judicial, que hace ya muchos años viene demostrando una absoluta profesionalidad en el cumplimiento de sus cometidos. En cualquier caso y del mismo modo, como se adelantaba, que como se hace con otros organismos, cuerpos o instituciones de la administración, el control del recto cumplimiento de la función de la policía judicial -en este caso practicando seguimientos-, puede alcanzarse con el establecimiento de prohibiciones y sanciones (incluso penales) que reglamenten esa actuación policial.

La sujeción a la previa autorización judicial de determinados seguimientos policiales puede conducir a una manifiesta merma de la eficacia policial, que dejará de practicar numerosos seguimientos que no alcancen determinados estándares, cuando no a un entorpecimiento de la investigación del Ministerio Fiscal al exigir -una vez más- que acuda al Juez de Garantías para el desarrollo de labores absolutamente cotidianas en una investigación. Entendemos que esta limitación de las capacidades del Estado en la persecución del delito no aparece justificada desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental a la intimidad personal si se atiende, como se ha dicho, a la exposición que hoy en día tiene este derecho en la sociedad actual. En cualquier caso y, como mal menor, debería bastar la autorización del Ministerio Fiscal para la práctica de vigilancias sistemáticas o, al menos, el establecimiento de excepciones a esta obligación cuando se trate de la investigación de las formas más graves de delincuencia, como el terrorismo o la delincuencia organizada.

TÍTULO IV

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA ENTRADA Y REGISTRO, INTERVENCIÓN DE LIBROS, PAPELES Y DOCUMENTOS Y REGISTROS INFORMÁTICOS (ART 405 A 435)

CAPÍTULO I

LA ENTRADA Y REGISTRO (ART 405 A 422)

La principal novedad viene integrada por la distinción que se hace entre domicilio y lugar cerrado que no tenga tal consideración, ofreciendo el texto en el artículo 408 un concepto de domicilio a los solos efectos de la regulación de este Capítulo.

Artículo 410. Consentimiento del titular

Comentario. No se refiere el texto a una cuestión esencial, y es quién puede recabar ese consentimiento, o si ese consentimiento prestado ante el Ministerio Fiscal en las condiciones que determina la norma se entiende válidamente prestado, o por el contrario el consentimiento deberá prestarse ante la autoridad judicial.

De esta manera se soslaya también la previsión normativa específica para aquellos supuestos en que requerido el consentimiento por el Fiscal, que entendemos que debe ser la norma general, y ante la eventual negativa de quien tuviera que prestarlo las medidas de seguridad que pudieran adoptarse hasta la obtención en su caso de la autorización judicial.

CAPÍTULO II

El registro de libros, papeles, efectos y documentos (ART 423 A 424)

Comentario: se limita la regulación a dos artículos y de la lectura del primero de ellos, el 423, se aprecia que en un texto anterior el articulado era más largo o estaba estructurado de otra forma. Y es que se limita a exigir la autorización a petición del Ministerio Fiscal para poder llevar a cabo el examen de los libros, papeles y otros documentos que se encuentran en el lugar del registro, artículo 423.1.

Habrà de suponerse que esa autorización judicial pedida por el Fiscal, y en cualquier caso al no hacerse distinción de a qué clase de registro se refiere, si el domiciliario o el de lugar cerrado que no constituya domicilio, falta la previsión relativa a qué a hacer cuando con ocasión de un registro autorizado por el Ministerio Fiscal, porque deba practicarse en lugar cerrado que no es domicilio, se pretenda el examen de tales efectos. Será necesario entonces una autorización judicial habilitante para ese examen o quizás a la vista de la exigencia de acuerdo expreso del Juez de Garantías para el examen referido a cartas, diarios y otros papeles íntimos, contenida en el párrafo 3 del mismo artículo 423, la solución es la contraria. O es posible, en tales casos, la ocupación de los efectos y la posterior solicitud de autorización judicial para el examen de los mismos.

El olvido del registro acordado por el Ministerio Fiscal a que se refiere el artículo 422.1 es constante como veremos en los Capítulos siguientes, haciendo así visible la escasa consideración normativa que en el Anteproyecto merece precisamente la idea que es clave de bóveda del nuevo modelo procesal, esto es, el Fiscal como director de la instrucción.

CAPÍTULO III

Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (ART 425 A 428)

Comentario: la necesaria autorización judicial para acceder a la información contenida en los dispositivos que describe no supone novedad alguna respecto a la regulación actual. Lo que sí es novedoso es la necesidad de que el auto que autorice la entrada y registro domiciliario autorice además el acceso a la información que se contenga, y siempre que sea previsible la aprehensión de los dispositivos a que se refiere, es decir, que el registro se practique esencialmente con ese fin. La autorización para el acceso deberá ser expresa y motivada conforme a las exigencias que después establece el artículo 426. E igualmente tales requisitos deberá recoger la solicitud del Ministerio Fiscal, a la que no se hace referencia expresa, y que únicamente se explica por la ubicación de esta diligencia de investigación en el Capítulo III, después de haber regulado la entrada y registro y una vez establecido que será el Ministerio Fiscal que instará la autorización judicial para esta.

Propuesta: la regulación ofrecida es muy confusa, a lo que contribuye notablemente la referencia al registro que no se sabe si viene referido al registro domiciliario o en lugar cerrado autorizado por el Juez de Garantías o el Fiscal según los casos, o al registro de los dispositivos tal y como se rubrica el presente capítulo. Y parece destilar una idea que si bien no se plasma expresamente podría deducirse de la redacción dada, y es que precisa de autorización judicial la entrada y registro, la mera aprehensión de los efectos y el acceso a los mismos.

Omite la regulación mención expresa a las entradas y registros que puede autorizar el Fiscal por referirse a lugares cerrados que no constituyan domicilio, y donde será frecuente encontrar los dispositivos, instrumentos o repertorios a que se refiere el artículo 425.1.

TÍTULO V

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS AL CUERPO DEL DELITO (ART 436 A 461)

CAPÍTULO I

LA INSPECCIÓN OCULAR (ART 436 A 443)

Comentario: lo más relevante de la nueva regulación de la inspección ocular es la no participación del Juez de instrucción, de ninguna autoridad judicial y el protagonismo de la Policía Judicial. Por supuesto la dirección es del Fiscal como órgano responsable de la investigación del delito y sus partícipes.

Asociación defiscales

Artículo 440. *Supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad.*

Comentario: en consonancia con el papel del Fiscal como investigador, es evidente que se le deberá comunicar que se va a practicar la diligencia, pero su posición cuando se esté practicando, a pesar de que el Médico Forense tiene los conocimientos especializados en la materia, junto con la policía judicial, no debe ser de pura información, sino de control de lo que se esté realizando, con la facultad de dirigir la diligencia en todo lo que no sea estrictamente técnico sobre conocimientos científicos.

Propuesta: se propone la siguiente redacción del número 2: *La realización de esta diligencia deberá comunicarse al fiscal que podrá asistir a su realización y solicitar las informaciones y aclaraciones respecto de cualquier circunstancia que pueda resultar de interés para la investigación, **dirigiéndola en todo aquello que no sea preciso aplicar conocimientos científicos o técnicos.***

Artículo 441. *Práctica de la diligencia*

Comentario: la toma de declaración encubierta al investigado, a la que se refiere el número 2, aunque sea sobre una parcela concreta de su actuación delictiva, como el lugar del delito o donde se lleva a cabo la inspección ocular y sobre los vestigios encontrados, debe hacerse en todo caso con la lectura de derechos que corresponden al imputado, porque evidentemente puede negarse a declarar y lo que pueda decir podrá utilizarse en su contra, si se hace con las garantías debidas y es introducido en la vista oral. Por otra parte, ese interrogatorio se incluirá en el acta de la inspección o en documento aparte que se une al acta.

Propuesta: se propone la siguiente redacción del número 2. *El fiscal podrá constituirse en el lugar objeto de inspección a los efectos de dirigir las actuaciones de la Policía Judicial. En este caso, con ocasión de la realización de esta diligencia, el fiscal podrá:*
*a) Interrogar a la persona investigada sobre el lugar o los vestigios encontrados, **lo que se hará con las garantías que corresponden a la declaración del investigado, constando su resultado en el acta de inspección ocular.***

Artículo 442. *Participación de la persona investigada.*

Comentario: Puede acontecer, la experiencia práctica así lo enseña, que, por la necesidad urgente de practicar la diligencia, posible pérdida de los objetos o efectos del delito, o el cambio de la orografía del lugar por razones meteorológicas, la presencia del investigado se torne como una causa de retraso de la ejecución de la diligencia por las razones aludidas, por ello deberá en la norma preverse esa posibilidad, para no frustrar la eficacia de la inspección.

Propuesta: se propone la siguiente redacción del número 1. *La persona investigada, si fuera conocida al tiempo de practicarse la diligencia, podrá asistir a la realización de la diligencia de inspección ocular asistida de letrado, **siempre que por razones de externa urgencia sea posible, con el fin de no perjudicar el resultado de la diligencia.***

Artículo 443. *Puesta a disposición del Ministerio Fiscal.*

Comentario: la afirmación contenida en el número 1 es correcta, pero la consideramos incompleta, entendemos que resulta necesario matizarla en el sentido de que esos objetos serán custodiados por el órgano que haya realizado la inspección ocular, conforme a las normas que regulan la cadena de custodia. No creemos que este añadido sea repetitivo, sólo que es mejor que quede claro que el órgano que realiza la inspección ocular es el responsable de la custodia de lo recogido, siempre a disposición del Fiscal y con destino definitivo al órgano de enjuiciamiento.

Propuesta: se propone la siguiente redacción del número 1. *Recogidos los efectos del delito, estarán en todo momento a disposición del fiscal, **los que serán custodiados por el órgano que haya realizado la inspección ocular, conforme a las normas que regulan la cadena de custodia.***

Comentario: en el número 2 del artículo se recoge la obligación de exponer los efectos del delito en la sala de celebración del juicio. Es notorio que esta exposición de los objetos del delito en las sesiones del juicio oral, recogida en el art. 688 párr. 1º LECrim, en cuanto establece la obligación de llevarse las piezas de convicción al local en el inicio del juicio oral, raramente se lleva a efecto con la normativa vigente, por ello apreciamos que la obligación que se prevé sobre ello de carácter imperativo en APLECrim, sea sustituida por la petición expresa de las partes, porque en el fondo es una prueba a practicar en la vista oral y las pruebas las solicitan o llevan a la vista las partes, no se practican en esa fase del proceso por iniciativa del órgano de enjuiciamiento.

Propuesta: se propone la siguiente redacción del número 2 *El día en que hayan de iniciarse las sesiones del juicio oral los efectos serán colocados en la sala de audiencias, a fin de que puedan ser reconocidos por los testigos y examinados, en su caso, por los peritos y por el propio tribunal, **siempre que ello sea instado expresamente por alguna de las partes en el proceso.***

CAPÍTULO III

La destrucción y realización anticipada de efectos

Artículo 448. *Destrucción*

Comentario: esta materia puede tener incidencia en el derecho a la prueba concretado en el art. 24.2 CE en el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, pudiendo acontecer una precipitada destrucción de objetos o efectos que motive la imposibilidad de su uso como prueba respecto a una pieza de convicción en el proceso o en la imposibilidad de realizar una prueba pericial o una contraprueba de esa naturaleza, generalmente de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que puede impedir una correcta defensa del acusado por la falta o insuficiencia de los objetos aprehendidos.

Asociación defiscales

Sería conveniente plantearse si la decisión del Fiscal como órgano que dirige el procedimiento es suficiente para acordar la destrucción o realización anticipada de efectos, con posibilidad de recurso o en su caso comunicación previa al Juez de garantías para que deniegue esa acción acordada por el Fiscal. El Juez de garantías debe velar por la pureza del proceso y preservar los derechos de las partes, pero no como una decisión originaria suya, sino como consecuencia de una petición o puesta em conocimiento lo ya acordado para que en su caso lo ratifique o simplemente tenga conocimiento.

Propuesta: siguiendo el criterio que el director y responsable de la investigación es el Fiscal y el Juez lo que realiza es la supervisión o control de las decisiones del Fiscal, se proponen las siguientes redacciones del precepto: el art. 448.1, debería quedar redactado así: ***El fiscal podrá acordar la destrucción de los efectos intervenidos, dejando muestras suficientes, cuando resulte necesario o conveniente por su propia naturaleza o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia. Lo acordado se comunicará al Juez de garantías que de oficio o solicitud del interesado podrá denegar la destrucción establecida.***

En relación con el art. 448.2 proponemos la siguiente redacción: ***El director de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos podrá solicitar del fiscal la destrucción de los efectos cuya gestión le haya sido encomendada. El fiscal resolverá lo que proceda, que comunicará al Juez de garantías en la forma del número anterior.***

El art. 448.4 debería quedar redactado así: ***Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el fiscal ordenará su inmediata destrucción, conservando muestras suficientes para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, considere necesaria la conservación de la totalidad, decisión que comunicará al Juez de garantías que podrá denegar de forma fundada la destrucción.***

El art. 448.5 deberá disponer lo siguiente: ***Si se hubiera acordado la destrucción, el Fiscal dejará constancia de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos, así como de los procedimientos utilizados.***

Artículo 451. Procedimiento

Propuesta: Siguiendo con el mismo criterio del Fiscal director de la investigación y tratarse la diligencia de destrucción o realización de efectos de actos de trámite, que en última instancia en algún caso puede afectar al derecho a la prueba, de ahí, el control judicial de supervisión, no de protagonismo en estos actos propios de la investigación, esa norma debería redactarse de la siguiente forma:

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior, el fiscal autorizará la realización de los efectos intervenidos. 2. El fiscal, previa audiencia del poseedor o propietario, si fuera conocido, acordará la realización de los

efectos, salvo que aprecie motivadamente que la petición no corresponde a alguno de los supuestos legalmente previstos o que de acceder a ella se causarían perjuicios irreparables. Antes de la realización de los efectos el fiscal lo comunicará al Juez de garantías, que podrá denegarla mediante resolución motivada.

En el mismo sentido se propone la siguiente redacción del art. 452.2: **No obstante, el fiscal podrá encomendar la realización de los efectos, bienes, instrumentos ganancias procedentes de actividades delictivas a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, en los términos establecidos en la presente ley.**

CAPÍTULO IV

La Autopsia (ART 455 A 458)

Artículo 455. *Procedencia*

Comentario: en cuanto a la autopsia se establece que será la Policía científica quien tome las muestras necesarias para la identificación. Nos parece acertado pues ellos son los verdaderos especialistas para la recogida de huellas, fotos, etc.

Propuesta: no obstante, parece se cierra la posibilidad de la intervención de otros especialistas o facultativos consideramos que debería mantenerse como en la anterior versión en concreto: pudiendo el médico forense en estos casos, previa autorización del Fiscal, solicitar la colaboración de especialista, facultativo o profesional

Artículo 456. *Realización*

Propuesta: consideramos más acertado establecer que la autopsia será realizada por los médicos forenses, sin perjuicio de que puedan colaborar y/o asistir aquellos facultativos que, en su caso, indique el fiscal, siempre bajo la dirección de los primeros,

TÍTULO VI

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS AL EXAMEN DE TESTIGOS Y PERITOS (ART 462 A 493)

Artículo 462. *El examen de testigos.*

Comentario: en el apartado 3 se debería de contemplar la posibilidad de que los testigos que estén exentos de comparecer o de declarar ante el Tribunal, y por lo que lo están igualmente de hacerlo ante el Fiscal, puedan hacerlo de modo voluntario

Asociación de fiscales

Artículo 463. *Citación y comparecencia.*

Propuestas:

En el apartado 1 debería ser cambiada la expresión “allí dónde se encuentre” por la de “el lugar donde se encuentre”, por ser más correcta. En ese mismo apartado, debería de hacerse constar fehacientemente la posibilidad de que el Fiscal cite directamente a un testigo de forma verbal, además de poder ordenar lo pertinente a los agentes de policía

En el apartado 2 se usa la expresión “funcionarios de policía”, mientras que en el anterior se usa la de “agentes de policía”. Esta segunda parece más correcta desde una perspectiva legal y sociológica, por lo que procedería su uso en todos los casos.

En el apartado 3 se observa un uso incorrecto del plural y del singular, en tanto que se refiere a “funcionarios o trabajadores” para después citar “al superior jerárquico o empleador...está obligado”. Se aconseja el uso del plural siempre.

En el apartado 4 se establece la imposición de una multa por parte del Fiscal al testigo que no se presentare a la primera citación sin alegar justa causa. El texto más correcto debería ser: “si el testigo no se presentase a la primera citación sin alegar justa causa o razones de fuerza mayor...”. Por otra parte, no se fija el mínimo de la cuantía de la multa, que podría ser, por ejemplo, de 100 €. Por fin, se debería de tener en cuenta para la determinación en concreto de la multa que se referenciara a la capacidad económica de la persona.

En el apartado 5 hay un error de remisión. El procedimiento de impugnación no es el del art. 142, sino el del 143.

Artículo 465. *Participación de la defensa.*

Comentario: la asistencia del Abogado a la prueba testifical debería poder consistir tanto en solicitar las aclaraciones que estime convenientes sobre algún punto en concreto como en dirigir las preguntas sobre los hechos que el testigo conozca que se consideren necesarias. Solo así considero que se garantiza en plenitud el derecho de defensa.

Artículo 466. *Práctica del interrogatorio.*

Propuestas:

En el párrafo 1º se debe de incluir la consignación del número de DNI. Asimismo, es aconsejable que proporcione un teléfono de contacto.

En el párrafo 2º debe de incluirse la pregunta sobre si tiene algún tipo de interés directo o indirecto en la causa.

Asociación defiscales

En el párrafo 4º debería de suprimirse la expresión “claras y sencillas”, haciendo mención de que en todo caso las preguntas han de ser comprensibles para el testigo, que será muy diferente según la formación del testigo. Por otra parte, la consignación de que las preguntas no puedan ser sugestivas o capciosas revela una gran desconfianza hacia el Fiscal, que en ese momento no ostenta la condición de parte, sino de autoridad investigadora. Por ello debe de suprimirse esa expresión.

Por último, sería aconsejable que se introdujera en el precepto la posibilidad de que el testigo en su declaración se pueda auxiliar de notas o apuntes.

Artículo 469. *Declaración de menor de edad.*

Propuesta: en el apartado 4º debe de modificarse la expresión de “el Fiscal y las demás partes” por la de “el Fiscal y las partes”, en tanto que el Fiscal, como se ha señalado antes, en esta fase investigatoria no tiene la cualidad de parte, que solo obtendrá cuando se judicializa el proceso, sino de órgano investigador. Es incorrecta.

Artículo 474. *Peritos.*

Comentario: atribuye la consideración de peritos a aquellos que, entre otras circunstancias, “puedan acreditar de otro modo conocimientos o prácticas acerca del objeto de la pericia”. La frase es excesivamente genérica y abierta, por lo que debería de sustituirse “de otro modo” por “puedan acreditar de forma fehaciente”

Artículo 477. *Abstención y recusación del perito.*

Propuestas:

En el punto 2º se usa la voz “semejante”, que tiene una importante ambigüedad. Se podría sustituir por la expresión “que tenga relación con el mismo por las personas intervinientes en él”.

En el punto 4º se ha suprimido la locución “manifiesta” en relación con la enemistad. En ese sentido sería deseable que la causa de recusación por amistad no estuviera condicionada porque fuera de grado íntimo, bastando la simple amistad, ya que puede condicionar el sentido del dictamen y no parece ético ni estético.

En el punto 7 se refiere a “tener participación en una sociedad...”. Las participaciones pueden ser de muy diferente grado, ya que, por ejemplo, puede tener una posición mayoritaria o importante en la empresa, ocupar un cargo directivo o poseer solamente una participación minoritaria, como puede ser unas acciones de una sociedad cotizada que pueden ver alterado su valor de mercado por la resolución del pleito y por ello aumentar o disminuir el patrimonio del

perito. Sería aconsejable que el precepto se refiera a “cualquier tipo de participación directa o indirecta”.

Artículo 491. *Acceso a la historia clínica.*

Propuesta: Se debe añadir a la autorización del Juez de garantías para el acceso a la historia clínica el consentimiento del investigado o del tercero del cual se requiere la historia y, en caso de menores o incapaces, de sus tutores o representantes legales.

TÍTULO VII

LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS (494 A 513)

CAPÍTULO I

La circulación y entrega vigiladas

La circulación y entregas vigiladas, actualmente reguladas en el artículo 263 bis LECrim, se recogen en los art. 494 y siguientes de la LECrim transcribiendo íntegramente las previsiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, presentando novedades respecto al desarrollo de la medida frente regulación actual derivadas del nuevo reparto de funciones en la investigación entre jueces de Garantías, Fiscales y Policía, actualizándose el listado de objetos, efectos y sustancias susceptibles de esta circulación y entrega bajo supervisión de la autoridad, sistematizándose de forma más correcta que la actual y desarrollando la forma de ejecución de la medida con alguna divergencia sustancial como la relativa a la presencia del investigado en el momento de la intervención definitiva, una vez completada la finalidad de la medida.

Llama la atención que el art. 499 no contemple la posibilidad de que se utilicen medios técnicos que permitan al investigado detenido que no pudiera ser desplazado intervenir en la práctica de la diligencia, al menos si así lo interesase en lugar de obligarle a ser representado personalmente por otra persona, sin que se pueda saber si se trata de un simple sobreentendido del legislador o de una exclusión deliberada reveladora de la desconfianza hacia el Fiscal por razón de no verificarse la diligencia en presencia judicial y del Letrado de la Administración de Justicia.

CAPÍTULO II

El agente encubierto

Respecto a la tramitación, la modificación más destacada es la privación al Fiscal de la posibilidad de autorizar que actualmente le reconoce el art. 282bis.1. No deja de sorprender que una reforma del sistema de investigación que erige al Ministerio Fiscal como director de la investigación en la práctica restrinja las facultades de que a día de hoy dispone. Así, en definitiva, lo que se pone de manifiesto es la desconfianza del legislador hacia el Ministerio Fiscal como instructor.

Así pues, la facultad que le resta al Fiscal en el Anteproyecto es de la de solicitar al Juez de Garantías la autorización del recurso, motivando la concurrencia de los presupuestos legales para su uso y su necesidad concreta. En este punto incurre el art. 502 en el mismo paternalismo (o desconfianza) que desprende todo el texto al presentar una abanico de puntos que deberán ser objeto de análisis para que la solicitud pueda entenderse debidamente razonada: “averiguar la concreta estructura y distribución de tareas o funciones, los centros de decisión, los medios y los integrantes de la organización criminal, sus modos operativos y sus ámbitos geográficos de actuación, o cualquier otra información imprescindible para lograr su desmantelamiento o la paralización de su actividad criminal”. Entendemos que habiendo expuesto el art. 500.4 que el agente encubierto podrá extender su investigación “a los delitos que la organización investigada pueda haber cometido en el pasado o esté preparando cometer o se cometan durante la infiltración” y teniendo en cuenta la definición del ámbito de la figura, debiera entenderse exhortada cualquier posible tentación de servirse de la figura para fines distintos de la investigación de la actividad delictiva de una organización criminal. Con ello, desmenuzar en el art. 500.4 cada una de las metas que pueden lograrse para que el Fiscal se atenga a ellas en su solicitud es tanto como poner en duda la profesionalidad de los Fiscales a la hora de formular una solicitud motivada, o de los jueces a la hora de valorar la suficiencia de la motivación de una solicitud recibida.

CAPÍTULO III

Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación

Aunque actualmente esta figura se concentra en solo un apartado del art.282 bis y el Anteproyecto la despliega a lo largo de cinco artículos que incorporan una nueva definición del ámbito de la medida, lo cierto es que se introducen pocas especialidades al régimen actual sin resolver los problemas interpretativos que puede suscitar esta figura, como qué debe entenderse exactamente por “canal cerrado de comunicación”, expresión que sigue siendo elemento nuclear de la figura y razón de ser de la misma pero que a día de hoy suscita dudas de orden práctico.

TÍTULO VIII

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN BASADOS EN DATOS PROTEGIDOS (ART 514 A 520)

Se aborda como novedad en la regulación procedimental penal la fórmula de incorporación de los datos personales a la investigación, dando así entrada en el proceso penal a las exigencias derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en concordancia con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), y muy especialmente de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Partiendo como premisa de la necesidad de dispensar la adecuada protección a las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales, en tanto que Derecho Fundamental garantizado por el artículo 18.4 de la Constitución Española, el Anteproyecto distingue entre varios supuestos, según la mayor o menor incidencia en este Derecho y, de la mano del mismo, el de la intimidad, no sólo de los encausados sino de todos los individuos que careciendo de cualquier vinculación con las actuaciones, tienen sus datos personales en ficheros que hayan de ser aportados a las actuaciones o analizados y cruzados con otros a fin de averiguar las circunstancias del delito y sus responsables. Y, en atención a esta mayor o menor incidencia, determina la posibilidad de que la incorporación de datos pueda realizarse por lo Policía Judicial sin previas autorizaciones, la necesidad de autorización previa del Fiscal o, en los casos de mayor incidencia, la del Juez de Garantías.

Debe valorarse positivamente la oportunidad de regular esta materia hasta ahora carente de adecuadas previsiones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, no debería servir la Ley rituaría como medio para solventar las deficiencias que actualmente presenta la legislación española en materia de protección de datos personales incorporados a ficheros jurisdiccionales dentro del orden penal recogiendo, como hace el art. 518 del Anteproyecto, previsiones ajenas a la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales y más propias la normativa de trasposición aún pendiente de la Directiva 2016/680 de 27 de abril de 2016 (se encuentra en este momento en fase de Proyecto la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, aprobado por Consejo de Ministros de 9 de febrero de 2021).

Por otro lado, no debe olvidarse que las previsiones que puedan dictarse en esta materia y que vayan más allá de lo estrictamente ajustado a los fines de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal necesariamente habrán de chocar frontalmente con la enorme laguna que presenta la Fiscalía en materia de tratamiento de datos personales. Y es que no cabe llegar a otra conclusión cuando el único instrumento que se pronuncia sobre esta materia es la Instrucción nº 2/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el Delegado de Protección de Datos. La única finalidad de esta Instrucción fue la de constituir la figura del Delegado de Protección de Datos del Ministerio Fiscal y su régimen de facultades y funciones, formulado todo ello a partir de una serie de apriorismos sobre quién debe considerarse responsable y quién encargado de los datos personales objeto de tratamiento por parte de la Fiscalía. La identificación de esas figuras realizada por la Fiscalía General del Estado en esta la Instrucción podría ser cuanto menos cuestionable en tanto que, a la postre, conduce a una dispersión de responsabilidades de tal naturaleza que desvirtúa la propia esencia de las figuras; pero más allá de ello, la ausencia esencial y que determina la futilidad de cualquier pretensión regulatoria como la realizada por el art. 518 del Anteproyecto, es la de autoridad de control.

En efecto, a diferencia de la previsión que establece respecto del tratamiento de datos el artículo 236 nonies de la LOPJ para la atribución del papel de autoridad de control al CGPJ o a la AEPD según se trate de ficheros jurisdiccionales o no jurisdiccionales respectivamente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico previsión alguna paralela para los tratamientos de datos personales que desarrolle el Ministerio Fiscal.

Así pues, si no existe una autoridad pública independiente en los términos del art. 41 y siguientes de la Directiva que asuma la función de supervisar y hacer cumplir las previsiones de la propia Directiva y de la norma de trasposición que se dicte, resultan huecas todas las previsiones que el Anteproyecto pueda hacer más allá de la estricta determinación de los requisitos de aportación al proceso de datos personales en función del tipo de tratamiento de que vayan a ser objeto.

Tratamiento de datos:

Debemos concluir que el artículo 518 del Anteproyecto, por cuestiones de ámbito, forma y fondo debería simple y llanamente excluirse de una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que la materia que -deficientemente- aborda objeto de regulación en la LOPJ, el Reglamento 1/2005 del Consejo General del Poder Judicial sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, la futura (ahora el Proyecto) Ley Orgánica de Protección de Datos Personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, y por supuesto una indispensable norma reguladora del tratamiento de datos personales por la Fiscalía integrada en un ya inaplazable nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

LIBRO IV

DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (ART 521 A 603)

En este libro se regula el contenido de las diligencias de investigación del Fiscal. Sus principios generales, el inicio de la investigación, las relaciones con la policía judicial, la tramitación por el Fiscal, la intervención de las partes, las facultades de control de Juez de garantías y la conclusión de la investigación, hasta el momento inmediatamente anterior a la fase intermedia. En definitiva, se trata de la regulación más novedosa del texto, por cuanto supone el modelo o diseño del nuevo sistema de investigación penal.

Como punto de partida, se debe señalar que algunos aspectos de la regulación parecen destilar una cierta reserva o desconfianza hacia la figura del Fiscal investigador, además de abordar de nuevo cuestiones de organización interna del MF que deberían recogerse en el EOMF.

Las observaciones más relevantes al texto propuesto son las siguientes:

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES (ART 521 A 525)

Artículo 521. *Dirección y control de la investigación.*

Comentario: en el apartado 2 se contiene una referencia al “control de la legalidad” como función específica del Juez de garantías. Esa terminología parece adoptar una posición cargada de cuestionamiento a la actuación del Fiscal como investigador, ya que el art. 124 CE atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Se propone una definición del rol funcional del Juez más ajustada a su propia denominación.

Propuesta: nueva redacción del apartado 2: “El Juez de Garantías ejerce la función de velar por la protección de los derechos fundamentales de las partes, dictando las resoluciones y realizando las actuaciones que la ley le reserva expresamente”.

TÍTULO II

LA DENUNCIA (ART 526 A 529)

Artículo 526. *Obligación de denunciar* / **Artículo 527.** *Exenciones a la obligación de denunciar*

Comentario: un análisis conjunto de ambos preceptos pone de manifiesto una cierta incoherencia legislativa que es preciso subsanar.

En primer lugar, parece lógico que exista una adecuada correlación entre la denuncia y la declaración. De esta forma, la redacción del art. 527, apartado a),

Asociación defiscales

sobre la exención de la obligación de denuncia para los menores de edad no tiene una adecuada correspondencia con la redacción de los arts. 659 y 660 sobre la dispensa para declarar. Se propone una regulación más homogénea de ambos preceptos.

En segundo lugar, la redacción del art. 527, apartado c) también debería simplificarse, adecuándose a la redacción de los arts. 659 y 660. Además, la referencia a los “bienes jurídicos personales” de un menor de edad pudiera entenderse como imprecisa.

Propuesta: se formulan varias, en el sentido siguiente:

I) Nueva redacción del art. 527.a): “Las personas que, por su edad o discapacidad, carezcan de las condiciones de madurez necesarias para valorar el sentido y alcance de su decisión, en cuyo caso podrán denunciar sus padres o representantes legales, salvo que existiera un conflicto de intereses”;

II) Nueva redacción del art. 527.c): “Las personas que no tengan obligación de declarar, conforme a lo dispuesto en los arts. 659 y 660 de esta ley”.

III) La redacción del art. 529 no resulta compatible con algunos preceptos del Código Penal que permiten la denuncia del Ministerio Fiscal (y, en el diseño propuesto, el consiguiente inicio de la investigación) en determinados supuestos, aunque la persona ofendida o perjudicada no formule denuncia o querrela. Ver, en tal sentido, el art. 191 CP (para delitos sexuales) o el art. 296 CP (para delitos societarios). Es necesario adecuar ambas regulaciones.

TÍTULO III

LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA DE LA POLICÍA (ART 530 A 549)

Artículo 533. *Comunicación con la policía.*

Comentario: las consideraciones generales recogidas en la exposición de motivos no siempre se concretan de forma adecuada en el texto propuesto. A nuestro juicio, la ley procesal penal se ha de centrar en los actos de investigación y en las relaciones de dependencia funcional de la policía en relación con jueces y Fiscales, omitiendo cualquier referencia a cuestiones de carácter organizativo, como ocurre, por ejemplo, con la regulación de las comunicaciones entre el Fiscal y la policía (art. 533.1). En cambio, otros aspectos adolecen de falta de concreción.

Propuesta: se formulan dos: I) supresión del último inciso del art. 533.1, es decir, la expresión “y a través de los jefes de la unidad del cuerpo o fuerza de que se trate”; y II) aclarar quién y cómo debe dejar “la debida constancia documental” de las órdenes e instrucciones impartidas verbalmente por el Fiscal (¿la policía en su atestado o el Fiscal en sus diligencias?).

TÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (ART 550 A 573)

CAPÍTULO I

LA INICIACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN (ART 550 A 556)

Artículo 551. *Decreto de archivo de la denuncia.*

Comentario: la realidad práctica diaria pone de manifiesto que las causas de archivo de una denuncia pueden ser más variadas que las previstas en el texto. A tal efecto, se formula una propuesta que pretende abarcar los supuestos en que la denuncia se formula con una manifiesta falta de verosimilitud o en términos incomprensibles o imprecisos que impiden el inicio o la continuación de una investigación. Los derechos del denunciante quedan, en todo caso, protegidos mediante la motivación del decreto del Fiscal y la posibilidad de su impugnación ante el Juez de garantías (art. 551.2)

Propuesta: nueva redacción del art. 551.1: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Fiscal, al recibir el atestado o la denuncia, podrá acordar el archivo, mediante decreto razonado, por los siguientes motivos: que los hechos no sean constitutivos de delito, que la responsabilidad criminal se haya extinguido, que la denuncia presente una manifiesta falta de verosimilitud o se haya formulado en términos incomprensibles o manifiestamente imprecisos”.

Artículo 553. *Alternativas a la investigación.*

Comentario: la regulación de los supuestos en que la investigación se dirige a la vez contra mayores y menores de edad presenta algunas deficiencias. En primer lugar, se adentra en la organización interna de la Fiscalía, que debe regularse en el EOMF; en segundo lugar, no aclara la competencia judicial en los casos en que se haya de adoptar alguna medida que afecte, simultáneamente, tanto a los mayores como a los menores de edad. En este último caso, se formula una propuesta alternativa a la planteada por el texto.

Propuesta: se propone una redacción alternativa al art. 553.2, en su último párrafo: “Si la investigación se dirige a la vez contra mayores y menores de edad, se realizará un único procedimiento que estará a cargo del Fiscal competente o de un equipo de Fiscales, que podrán ser de los pertenecientes a las secciones de menores y de mayores de edad, y que será designado con arreglo a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En estos supuestos, las actuaciones que la ley reserva a la autoridad judicial serán realizadas por un Tribunal compuesto por dos Jueces de Garantías y un Juez de Menores, si las decisiones afectan tanto a los mayores como a los menores de edad investigados. En otro caso, las actuaciones serán realizadas por el Juez de Garantías o el Juez de Menores, en sus respectivos ámbitos de competencia”.

Artículo 555. *Facultad judicial de sobreseimiento.*

Comentario: en este punto, el grupo ha debatido sobre las ventajas e inconvenientes de esta facultad judicial. Para unos, se trata de una injerencia en las labores de investigación del Fiscal. Para otros, se considera una cautela ante eventuales abusos en la actuación del Fiscal. En todo caso, existe consenso en la necesidad de concretar el supuesto aplicable, ya que la “carencia manifiesta de relevancia penal” del hecho investigado ya determina la obligación para el Fiscal de acordar la conclusión y archivo de la investigación (art. 586.2.a). Por eso se propone una fórmula más clara y concisa para que esta facultad judicial pueda ejercerse con suficientes garantías para todas las partes.

Propuesta: nueva redacción del art. 555.1: “El Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición de la persona investigada dispondrá el sobreseimiento cuando los hechos investigados no sean constitutivos de delito”.

CAPÍTULO II

LA PERSONA INVESTIGADA (ART 557 A 565)

Artículo 557. *Primera comparecencia para el traslado de cargos.*

Comentario: la primera comparecencia tiene por objeto poner en conocimiento del investigado los hechos y la calificación jurídica, y se debe entender como una de las garantías del derecho de defensa. No obstante, se proponen algunas mejoras técnicas.

Propuesta: se formulan las siguientes:

I) El precepto debería contemplar la posibilidad de que la información pudiera facilitarse por escrito, mediante la entrega de copia del decreto de incoación, incluso con carácter previo a la comparecencia, para facilitar el ejercicio del derecho de defensa. El texto solo ha previsto la información escrita en los supuestos de complejidad de la investigación. Sin embargo, el traslado de la información por escrito simplificaría este trámite, también en los asuntos más sencillos.

II) Se considera conveniente incluir en este trámite la posibilidad de que el investigado muestre su conformidad, con la consiguiente remisión a los arts. 164 y ss del texto.

III) El precepto debería contemplar que la citación incluya la información a la persona investigada de que debe designar un abogado en el plazo que se determine, de forma que, si no lo hace, se le designe de oficio con anterioridad a la celebración de la comparecencia, para evitar suspensiones y dilaciones indebidas.

IV) Finalmente, se propone la actualización del precepto, contemplando la posibilidad de que las notificaciones se hagan a través de los medios de comunicación tecnológicos que indique el interesado. No tiene sentido seguir

hablando de domicilio o persona de contacto, cuando se pueden utilizar el teléfono móvil, el correo electrónico o las redes sociales disponibles.

Artículo 558. *Remisión de la primera comparecencia al Juez de Garantías.*

Comentario: se considera un trámite burocrático superfluo. Se supone que el procedimiento es único y estará informatizado, por lo que no parece necesario remitir un acta que figurará en el sistema de gestión procesal correspondiente. Además, el texto no ha previsto ninguna intervención del Juez de Garantías, ni para autorizar el acta ni para resolver alguna impugnación. Tampoco puede ordenar su rectificación. Por lo tanto, se trata de un trámite innecesario.

Propuesta: supresión del art. 558. El apartado 2 pasaría a ser el apartado 4 del art. 557.

Artículo 560. *Retraso en la primera comparecencia.*

Comentario: este precepto se remite al art. 624, que dispone el sobreseimiento de la investigación en el caso de retraso injustificado en la realización de la primera comparecencia. Se considera que esta consecuencia es desproporcionada, como se expondrá al abordar el citado art. 624.

Propuesta: supresión del segundo párrafo del art. 560.

Artículo 564. *Aportación de elementos de descargo.*

Comentario: el texto ha previsto que la persona investigada pueda aportar al procedimiento cuantos documentos considere relevantes para su defensa. El Fiscal podrá denegar la incorporación cuando sean absolutamente irrelevantes por resultar ajenos al objeto de la investigación. Debiera preverse que, como ocurre con las diligencias denegadas por el Fiscal (art. 563.3), se pueda solicitar nuevamente al Juez de la Audiencia Preliminar la aportación de los documentos no incorporados por el Fiscal.

Propuesta: añadir un inciso en el apartado 2 del art. 564: “En estos casos, se podrá solicitar nuevamente al Juez de la Audiencia Preliminar la aportación de los documentos que se consideren indebidamente no incorporados por el Fiscal”.

Artículo 565. *Participación en la práctica de diligencias.*

En relación con este precepto se ha suscitado debate en el seno del grupo. Para unos, la presencia e intervención activa y directa del investigado puede resultar perturbadora, sobre todo en la toma de declaración de la víctima. Para otros, se trata de una muestra del ejercicio del derecho de defensa.

CAPÍTULO III

LA INTERVENCIÓN DE LAS ACUSACIONES (ART 566 A 573)

Artículo 568. *Personación de la acusación popular.*

Comentario: en coherencia con la propuesta formulada respecto del art. 124, se considera necesaria la modificación de este precepto. Si el procedimiento de investigación es tramitado por el Ministerio Fiscal no tiene sentido que la admisión de la acusación popular resida en el Juez de Garantías. La comprobación de los requisitos para la personación puede hacerla el Fiscal, resolviendo a favor o en contra mediante decreto impugnante ante el Juez. Sorprende que el Fiscal decida la personación de la acusación particular y no se establezca el mismo sistema para el caso de la acusación popular. Pudiera entenderse como una desconfianza ante la actuación imparcial del Fiscal. La idea general que debe presidir el texto es que el Juez de Garantías solo intervenga frente a denegaciones o desestimaciones por el Fiscal de las peticiones formuladas por las partes.

Propuesta: modificación del art. 568, en el sentido indicado.

Artículos 571 a 573 . *Aportación de informaciones, proposición de diligencias y participación en los actos de investigación*

Comentario: se considera que, una vez personadas, las acusaciones deberían tener la misma capacidad de proposición e intervención que la persona investigada. Una cosa es modular el momento o trámite en que puedan ejercerse los derechos respectivos, a fin de no entorpecer la línea de investigación iniciada por el Fiscal, y otra bien distinta establecer una diferenciación aparentemente injustificada entre las distintas partes intervinientes, a la hora de regular las posibilidades de actuar en la fase de investigación. Por ejemplo, no tiene sentido que no puedan aportar documentos en los mismos términos que la defensa, o que se les prohíba estar presente en las diligencias cuya práctica haya acordado el Fiscal.

Propuesta: redactar los arts. 571 a 573 en el mismo sentido que los arts. 563 a 565.

TÍTULO V

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA (ART 574 A 585)

CAPÍTULO I

DILACIÓN INDEBIDA DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (ART 574 A 577)

Artículos 574 a 577

Comentario: parece claro que el procedimiento de investigación no puede prolongarse indebidamente. El modelo propuesto es mejor que otros en los que se fija un plazo determinado preclusivo. Sin embargo, se formulan algunas propuestas de mejora.

Propuesta: I) sería recomendable la modificación del art. 576.1, a fin de que el Juez pudiera indicar no solo un plazo máximo para la conclusión de la investigación sino también un plazo mínimo durante el que no se pudiera proponer el sobreseimiento por parte de la defensa; II) del mismo modo, debiera preverse la posibilidad de una prórroga del plazo máximo, ante la aparición de nuevos hechos o informaciones relevantes que así lo justificaran.

CAPÍTULO II

LA DECLARACIÓN DE SECRETO (ART 578 A 582)

Artículo 580. *Prórroga*

Comentario: una lectura de los arts. 579 y 580 pone de manifiesto un aparente error de concordancia en el apartado 2 del art. 580, dado que este pudiera estar referido a las resoluciones judiciales previstas en los arts. 579 y 580, y no solo a las de este último, como se dice literalmente.

Propuesta: modificación del art. 580.2, para aclarar qué resoluciones del Juez de Garantías son recurribles, con carácter suspensivo y preferente.

Artículo 581. *Régimen del secreto.*

Comentario: la redacción del precepto parece anclada en el vigente modelo de proceso penal. No tiene sentido contraponer las partes personadas al Ministerio Fiscal. El Fiscal no es una parte personada, sino el director de la investigación. Las partes se personan ante el Fiscal, no con el Fiscal.

Propuesta: modificación del art. 581.1, para suprimir el inciso “a excepción del Ministerio Fiscal”.

CAPÍTULO III

LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN (ART 583 A 584)

Artículo 583 *Solicitud del fiscal.*

Comentario: la redacción del texto parece dar a entender que el Fiscal está vinculado por la petición formulada por las acusaciones. Esta previsión no parece corresponderse con la condición del Fiscal como director de la investigación. Las acusaciones propondrán las diligencias al Fiscal, el Fiscal las acordará o no, y solicitará al Juez de garantías autorización de las que requieran su intervención, sean a propuesta de parte o de oficio.

Propuesta: modificación del art. 583.1, mediante la supresión del inciso “de oficio o a petición de las acusaciones”.

CAPÍTULO IV

LA IMPUGNACIÓN DE LOS DECRETOS DEL FISCAL (ART 585)

Artículo 585. *Supuestos y procedimiento.*

Comentario: el trámite previsto puede mejorarse, para no generar ineficiencias burocráticas. La idea general es que el Juez de garantías solo intervenga en los casos de denegación o desestimación por el Fiscal de las peticiones formuladas por las partes personadas. Además, el texto vuelve a incurrir en inexactitudes sobre la denominación del Fiscal y de las partes, basadas en el modelo vigente.

Propuesta:

I) Modificación del procedimiento previsto en el art. 585. La impugnación debiera interponerse ante el Fiscal, de forma que este pueda reconsiderar su decisión o mantenerla, en el plazo que se determine. En este último caso, se remitiría lo actuado al Juez de Garantías, con las alegaciones correspondientes.

II) Modificación del art. 585.3, para suprimir el inciso “demás”.

TÍTULO VI

LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN (ART 586 A 589)

Artículos 586 a 589

Comentario general: la culminación del procedimiento de investigación aparece íntimamente ligada a la denominada como fase intermedia. Un análisis conjunto de ambas regulaciones pone de manifiesto la conveniencia de replantearse el modelo diseñado en el texto. Por eso, en este documento se proponen algunas mejoras de

Asociación defiscales

carácter técnico, pero necesariamente generales, es decir, no específicamente referidas a preceptos concretos. Se trata de proponer algunas ideas básicas o estructurales que puedan generar una reflexión sobre el diseño propuesto en el texto informado.

Propuestas:

I) Si el Fiscal decreta el archivo y las acusaciones quieren formular acusación, han de recabar una autorización del Juez de Garantías (art. 587). Esta autorización genera una burocratización ineficaz de esta fase, en relación con la ulterior audiencia preliminar. Además, se podría producir la paradoja de que el Juez de Garantías autorizara la acusación y el Juez de la Audiencia Preliminar no acordara la apertura del juicio oral.

Sería necesario simplificar la tramitación, de manera que, frente a la decisión del Fiscal de decretar el archivo, las acusaciones pudieran formular acusación ante el Juez de la Audiencia Preliminar, que resolvería sobre la apertura del juicio oral en la fase intermedia, sin necesidad de autorización previa del Juez de Garantías.

II) El Juez de Garantías puede acordar la práctica de diligencias para tomar una decisión sobre la autorización solicitada por las acusaciones personadas. Sin embargo, el texto señala que esas diligencias han de ser practicadas por el Fiscal (art. 587.2), dando traslado de su resultado al Juez de Garantías. De nuevo se introduce un mecanismo burocrático e ineficaz, porque las pruebas deberían ser practicadas ante el Juez que debe resolver sobre la petición formulada. Además, hay que tener en cuenta que el resultado de esas diligencias no permite al Fiscal reconsiderar su previa decisión de archivo, por lo que no tiene sentido que las practique.

III) Las causas de archivo vienen tasadas en el art. 586. Sin embargo, este listado podría completarse con otros motivos como la prescripción del delito, la cosa juzgada o la ausencia de jurisdicción española.

IV) Una vez más, el rol funcional del LAJ debe ser reconsiderado. Se le atribuye la responsabilidad de notificar un decreto dictado por el Fiscal (art 586.4) así como acordar el archivo del procedimiento de investigación (art. 588.1). Este sistema requiere una clara dependencia funcional del Fiscal sobre el LAJ, que no existe actualmente.

V) Finalmente, se hace necesario compatibilizar o mantener la debida concordancia entre las causas de archivo (art. 586), las de conclusión del procedimiento (art. 589.1), las que impiden la apertura del juicio oral (arts. 622 y 623) y las que posibilitan o impiden la reapertura de la investigación (art. 590).

La terminología es imprecisa y heterogénea. En unos casos se alude a “elementos” (arts. 586.2.e y 589.1), en otros a “indicios” (arts. 586.2.d y 622.1), mientras que en otros supuestos se alude a “circunstancias” (art. 590.1), la “carencia manifiesta de relevancia” (art. 586.2.a), la “insuficiencia de fundamentación” (art. 622.2) o la acción penal “improsperable” (art. 623.1). Son demasiados conceptos jurídicos indeterminados para una fase tan crítica del proceso.

TÍTULO VII

LA REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN (ART 590)

Artículo 590. *Procedimiento.*

Comentario: se prohíbe la reapertura del procedimiento en los supuestos en que el archivo previo haya sido acordado por los motivos recogidos en las letras a), b) y c) del art. 586, es decir:

- a) *Cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal,*
- b) *Cuando aparezcan exentas de responsabilidad criminal las personas investigadas y no deba imponerse una medida de seguridad, o*
- c) *Cuando de la investigación resulte que la persona investigada no ha tenido participación en el hecho que ha dado lugar a la formación del procedimiento.*

Propuesta: modificación del art. 590.5. Se considera que estos supuestos son excesivos o desproporcionados, desde la perspectiva del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Existe la posibilidad de que nuevas relevaciones impliquen indicios de autoría o que lo que parecía penalmente irrelevante no lo sea. De mantenerse la redacción dada, se estaría dando fuerza de cosa juzgada a un archivo de la investigación.

Además, debiera articularse un sistema en el que la parte perjudicada pueda instar del Fiscal la reapertura, y que la denegación fuera impugnabile ante el Juez de Garantías.

LIBRO V

DE LA FASE INTERMEDIA (ART 604 A 631)

TÍTULO I

ESCRITOS DE ACUSACIÓN Y DEFENSA (ART 604 A 612)

Artículo 606. *Proposición de prueba* / **Artículo 607.** *Fundamentación de la acusación*

Comentario: la norma exige que las acusaciones justifiquen la pertinencia y utilidad de la prueba propuesta, así como la fundamentación de la acusación. En este punto se ha producido un cierto debate en el seno del grupo. Por un parte, se

Asociación defiscales

considera que la regulación supone anticipar los argumentos de la acusación, mientras que, por otro lado, se entiende como una consecuencia necesaria de la nueva fase intermedia, en la que debe decidirse si procede o no la apertura del juicio oral.

En todo caso, sí hay coincidencia en que esta regulación implica una mayor carga de trabajo que es preciso tener en cuenta en el estudio riguroso que se propugna, a fin de poner en marcha el nuevo sistema procesal con las debidas garantías.

TÍTULO II

PROCEDIMIENTO DE LA FASE INTERMEDIA (ART 613 A 618)

CAPÍTULO I

PRESENTACIÓN DE LOS ESCRITOS DE DEFENSA (ART 613 A 616)

Artículo 615. *Incumplimiento del plazo de presentación de escrito de defensa.*

Comentario: el precepto no aclara el tipo de responsabilidad en que puede incurrir el abogado que no presenta el escrito de defensa en el plazo establecido o que se le indique. La relevancia de esta omisión deriva de que los dos apartados contemplan supuestos distintos, según se trate del investigado penalmente o del responsable civil, y que la no presentación del escrito genera efectos jurídicos diferentes entre sí.

Propuesta: aclarar el tipo de responsabilidad que se deriva para el abogado que no presenta en plazo el escrito de defensa.

TÍTULO III

RESOLUCIÓN DEL JUICIO DE ACUSACIÓN (ART 619 A 627)

CAPÍTULO II

SOBRESEIMIENTO (ART 622 A 627)

Artículo 622. *Motivos de sobreseimiento/ Artículo 623.* *Sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación.*

Comentario: nos remitimos a lo expuesto al abordar el trámite de conclusión de la investigación (apartado v), sobre la necesidad de compatibilizar la terminología empleada en la fijación de los criterios de ponderación para acordar el archivo,

conclusión, sobreseimiento o reapertura de la investigación, así como la apertura del juicio oral.

Artículo 624. *Sobreseimiento por retraso injustificado de la primera comparecencia.*

Comentario: en este punto nos remitimos a lo expuesto sobre el art. 560. El presupuesto para la celebración de la primera comparecencia es la existencia de “indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada”, según dispone el art. 557.1. Ese momento no siempre es fácil de precisar, por lo que anudar el retraso al sobreseimiento de la investigación, incluso existiendo indicios de un delito no prescrito, se considera una consecuencia jurídica desproporcionada y contraria al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Además, los retrasos pueden ser tenidos en cuenta a efectos de atenuación de la pena (art. 21-6ª CP), así como mediante la nulidad de los actos de investigación realizados sin previo traslado de cargos (art. 624.2).

LIBRO VI

DEL JUICIO ORAL (ART 632 A 700)

TÍTULO I

LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL (ART 632 A 641)

Comentario: se modifica la escenografía actual del juicio oral, conforme al cual, el juicio comienza con la declaración del acusado, al ser, prueba propuesta el Ministerio Fiscal y resto de partes personadas, privándose a las acusaciones de la posibilidad proponer la declaración del acusado como prueba en el juicio oral, ya que el mismo, sólo declarará si lo propone su abogado, pudiendo hacerlo en cualquier momento del desarrollo del plenario, aun cuando no lo haya propuesto en su escrito de defensa.

Como novedad, y acogiendo el “usus fori” en algunas Salas de Justicia, el acusado ocupará en la sala durante el desarrollo del juicio un lugar inmediatamente próximo su defensa, a los efectos de permitir una comunicación constante y directa entre ambos, sentándose el mismo en estrados.

Con respecto a la práctica del resto de prueba, se incluyen en el articulado referente al juicio oral el grueso de las disposiciones normativas referentes a la práctica de la prueba, recalcando así el carácter necesario de la práctica de la prueba en el juicio oral, puesto que las declaraciones que se practiquen durante la fase de investigación carecen, en la regulación del anteproyecto, de valor probatorio alguno.

CAPÍTULO I

LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA (ART 632 A 638)

Artículo 635. *Admisión de prueba.*

Comentario: en relación con la facultad del tribunal contemplada en el número 6 consideramos que tal facultad puede incidir de forma negativa en el derecho a la presunción de inocencia del acusado. Debería bastar con la facultad que tiene el presidente del tribunal a la hora de dirigir los debates y el control que debe tener sobre el interrogatorio a los testigos.

Artículo 636. *Proposición de nueva prueba.*

COMENTARIO: conceder únicamente a la defensa del acusado la posibilidad de proponer nueva prueba en cualquier momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral supone una quiebra del principio de igualdad de armas en el derecho penal, aun cuando dicha prueba no se haya podido proponer con anterioridad, porque en ese caso, esa posibilidad también debería darse a las acusaciones. El artículo concediendo solamente la posibilidad a la defensa debería ser suprimido.

Artículo 637. *Especialidades en los casos de pruebas periciales divergentes y convergentes.*

Comentario: la facultad que el precepto concede al órgano de enjuiciamiento pudiera entenderse como un exceso a los límites de la necesaria imparcialidad.

Artículo 638. *Especialidades en el caso de la prueba pericial científica. Informe consultivo.*

Comentario: se reproduce el comentario del artículo anterior.

CAPÍTULO II

EL SEÑALAMIENTO DEL JUICIO Y LA PRÁCTICA ANTICIPADA DE PRUEBA (ART 639 A 641)

Artículo 640. *Comunicación a la víctima.*

Comentario: la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal modificó el apartado tercero del artículo 785 por la disposición final 1.24 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, estableciendo que se informaría a la víctima por escrito, de la fecha, hora y lugar del juicio, así como el contenido de la

Asociación defiscales

acusación dirigida contra el infractor, cuando la víctima lo haya solicitado, , modificando así la anterior regulación que preveía que se le informara en todo caso de la fecha y lugar de celebración del juicio. El anteproyecto, vuelve así a la forma originaria, al establecer de forma preceptiva la comunicación a la víctima aun cuando no sea parte en el proceso ni deba intervenir el, reservándosele además un lugar en la sala de vistas.

TÍTULO II

DISPOSICIONES GENERALES SOBRE EL ACTO DEL JUICIO (ART 642 A 651)

CAPÍTULO I

LOS REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL (ART 642 A 647)

Artículo 643. *Presencia de las personas contras las que se dirija la acción penal y civil.*

Comentario: el apartado primero contiene una remisión al artículo 59 del anteproyecto que regula dentro del ámbito referente a los sujetos del proceso penal, el enjuiciamiento en ausencia, fijando como presupuesto necesario para la posibilidad del juicio en ausencia del acusado, que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, que su duración no exceda de diez años, ampliándose por tanto para las penas de distinta naturaleza puesto que en la actual regulación está fijado hasta seis años.

El derecho del acusado a estar presente en el juicio oral deriva directamente del artículo 24 del texto constitucional, dentro del ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva; con la nueva regulación que permitiría que el acusado no declarase sino ha sido propuesto por su defensa, podría darse el supuesto de que el mismo no estuviera presente durante el desarrollo del juicio oral si así lo solicita su defensa y ello es concedido por el tribunal, por lo que tendremos en aras a salvaguardar adecuadamente ese derecho alto la judicial efectiva la acusado, como regla general debe estar presente en las sesiones del juicio oral, no especificándose tampoco que se entiende o cuantos son los días que se ha señalado para la duración del juicio, para que el tribunal pudiera conceder esta facultad. Por lo que quizás, salvo para aquellos supuestos de los denominados “macro juicios” la presencia del acusado en el juicio debe tener carácter obligatorio.

En cuanto a la expulsión del acusado se vuelve a recular expresamente como ya hiciera el artículo 687 de la vigente ley de 1882, fijándose igualmente como límite el momento para el derecho a la última palabra que le corresponde ejercer al acusado.

Artículo 645. *Presencia de los testigos y peritos.*

Comentario: la no comparecencia de testigos o peritos propuestos por las partes debe ser causa de suspensión no cuando el tribunal lo considere necesario, sino cuando así lo solicite las partes al haber sido prueba propuesta y admitida, por no haber sido ya declarada impertinente o inútil.

CAPÍTULO II

LA FORMA DE CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL (ART 648 A 651)

Artículo 648. *Disposición de la sala.*

Comentario: se introduce como novedad legislativa en este precepto que el acusado ocupe en sala durante el desarrollo del juicio oral un lugar inmediatamente próximo su defensa, de forma que permita una comunicación constante y directa entre ellas durante el plenario, potenciando así con ello el derecho de defensa.

El artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de 1995 regula expresamente que durante el juicio oral el acusado se encuentre situado de forma que sea posible su inmediata comunicación con su defensor, y si bien la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece cual ha de ser la disposición de los acusados en sala, disponiendo únicamente el artículo 685, “que toda persona interrogada o que dirija la palabra al tribunal deberá hablar de pie”, el anteproyecto se mostraría a favor de la favorable jurisprudencia a esta práctica, que habría empezado a modificar la escenografía de los juicios, siendo invocada en ocasiones, por los letrados defensores en el trámite de cuestiones previas, o incluso por otrosi en los escritos de defensa. Se consolidaría con esta redacción una aplicación del *usus fori* que se sigue ya en muchas salas de vistas.

Artículo 649. *Carácter consecutivo de las sesiones.*

Comentario: este artículo no difiere de la actual regulación de las causas de suspensión del juicio oral.

Propuesta: en relación con el apartado c) del número 2 se propone que la decisión del tribunal esté vinculada a la previa petición de las partes, porque de lo contrario se está concediendo al tribunal la posibilidad de proposición de prueba.

En cuanto a la letra e, la expresión “de cargo y descargo” es ociosa, y además impropia desde el punto de vista procesal, porque los peritos, e incluso los testigos, no son “a priori” de cargo o descargo, lo cual dependerá de la índole de su testimonio.

TÍTULO III

EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL (ART 652 A 686)

CAPÍTULO I

LAS ACTUACIONES PREVIAS A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA (ART 652 A 654)

Artículo 652. *Inicio de las sesiones del juicio.*

Comentario: es llamativo la referencia que hace el apartado segundo cuando dice, que, constituido el tribunal, será llamado a estrados a estrados el fiscal, en la práctica puede dar lugar a que el fiscal tenga que estar “entrando y saliendo” de la sala, puesto que parece olvidar el legislador, que la práctica diaria de los tribunales de justicia el fiscal acude para celebrar más de un juicio.

Artículo 653. *Alegaciones previas.*

Comentario: El apartado c) del número 1 supondría un quebranto del principio de igualdad de armas en el proceso penal, puesto que únicamente prevé que sea la defensa del acusado que proponga nueva prueba, privando de esa facultad a las acusaciones, por lo que entendemos el apartado primero letra b, debe incluir también a las acusaciones personales, recordar además que esta posibilidad ya se le concede por el legislador únicamente a la defensa en el artículo 636, con lo que supondría una facultad ilimitada la defensa de proposición de nueva prueba, que también deberá concederse al resto de partes.

Artículo 654. *Información a la persona acusada y exposición introductoria.*

Comentario: la novedad introducida de que el tribunal podrá invitar a las partes a que expliquen la finalidad de la prueba, consideramos que es inadecuada. Evidencia el desconocimiento de la realidad práctica de nuestros juzgados y tribunales con jornadas diarias sobrecargadas de señalamiento y que determinarían la renuncia habitual.

Propuesta: supresión de los párrafos segundo y tercero del precepto.

CAPÍTULO II

LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA (ART 655 A 686)

Artículo 657. *Orden de práctica de los medios de prueba.*

Comentario: La regulación prevista en el anteproyecto de noviembre de 2020 vendría a reforzar el derecho de defensa, toda vez, que no solamente establece que la práctica de la prueba no podrá comenzar nunca por la declaración del acusado sino que además se establece que el acusado sólo prestará declaración, si así lo desea y instancia de su abogado en el turno de prueba de la defensa y en el momento que este considere oportuno, declaración que puede ser propuesta por la defensa en cualquier momento de la fase probatoria, y aun cuando no lo haya propuesto en su escrito de defensa, sin que el tribunal pueda rechazar la práctica de esta prueba, impidiendo sin embargo que ninguna otra parte pueda solicitar la declaración de la persona acusada, y si lo hace el tribunal rechazará de plano la petición.

La pretendida regulación en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal podría suponer una vulneración de una garantía fundamental prevista en el artículo 24 de la CE conforme al cual nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído.

Las SSTS 28/06/83 y 28/01/84 declararon que interrogatorio del acusado es uno de los medios de prueba que permite la ley de enjuiciamiento criminal, y que, al ser denegada su admisión, se quebranta las formas esenciales del procedimiento.

El negar al resto de las partes, esto es a las acusaciones la posibilidad de proponer el interrogatorio de los acusados supondría un quebranto del principio de igualdad de armas y el principio de contradicción que deben regir el desarrollo del juicio oral, que incluso, podría perjudicar al derecho de defensa, el supuesto de que fueran varios los acusados todos ellos declararían en último lugar, impidiendo el derecho a la contradicción de las propias defensas de los más acusados, cuando la declaración de cualquiera de estos pudiera contener elementos incriminatorios para el resto.

Artículo 659. *Exenciones generales.*

Comentario: el Anteproyecto incluye el grueso normativo de la regulación de los medios de prueba testifical y pericial en las disposiciones referentes al juicio oral, remarcando tal y como se indica en la exposición de motivos el carácter necesario y valor superior de la prueba del plenario frente a las diligencias, puramente eventuales y carentes efecto probatorio que pueden practicarse durante la investigación.

No introduce el legislador el momento en el que se va a dar lectura a las declaraciones formuladas por escrito por aquellos testigos están exentos del deber de comparecer, puesto que el precepto es prácticamente copia de la regulación vigente, si bien la misma se encontraba prevista para la fase de instrucción.

Artículo 660. *Exenciones a la obligación de declarar por razón de parentesco.*

Comentario: en relación con la dispensa del deber de declarar por razón de parentesco, el anteproyecto sigue la línea fijada por la STS de Pleno 389/20 de 10 de julio, "no recobra el derecho a la dispensa del artículo 416 de la LECRM quien ha sido víctima denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma". Impera la protección a la víctima evitando coacciones o presiones propias o de terceros a fin de que puedan ampararse en la dispensa.

Este precepto avanza en la línea mantenida de la Fiscalía de eliminar o reducir la dispensa por ser contrario al carácter público de los delitos de violencia de género. (Conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en violencia de género. diciembre 2020).

Artículo 672. *Declaraciones testificales de menores de edad y personas con discapacidad.*

Comentario: si tal y como tiene proclamado el TS el testimonio del menor de edad es medio probatorio apto para desvirtuar la presunción de inocencia, no se entiende o no aparece debidamente fundada la prohibición a las partes de formular preguntas, sin que el presidente del tribunal actúe de intermediario, a los menores de edad así como a las personas discapacitadas asistidas por personal cualificado, pudiendo interpretarse tal limitación como una infundada sospecha del carácter respetuoso y digno del interrogatorio del fiscal y los letrados, injusta prevención que no se extiende al presidente del tribunal.

Se debe permitir que tanto el ministerio fiscal como el resto de las partes interroguen a los menores con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el tribunal sentenciador y sometida a contradicción, contando el presidente del tribunal con la posibilidad de excluir las del interrogatorio se fueren inadecuadas.

Si se concede en exclusiva el presidente la facultad de interrogar, en términos generales y sin matización alguna, se quiebra el principio de imparcialidad del tribunal.

Propuesta: supresión del apartado d).

Artículo 674. *Información previa.*

Comentario: la regulación del presente artículo contradice la interpretación jurisprudencial sobre el derecho a la prueba.

Como sostiene las STS de 29/09/00 y 27/06/02, no puede afirmarse que la decisión del acusado de no declarar en juicio no pueda tener implicación en la valoración de las pruebas por parte del tribunal. Dicha decisión debe ser tenida en cuenta por el órgano judicial.

El silencio del acusado puede ser objeto de valoración cuando las pruebas reclaman una explicación por su parte, y permite inferir una confirmación de contenido incriminatorio resultante de otras pruebas.

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta en TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta incomprensible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo suficiente para elevar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el TC, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba el proceso penal. De tal modo que, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de cargo contra el.

Propuesta: la prohibición de proponer como prueba el interrogatorio del acusado constituye una limitación del derecho del fiscal y de las partes acusadoras por lo que debe modificarse la redacción del apartado uno y suprimirse el apartado dos.

De otro lado, entendemos que el apartado tercero debe suprimirse.

Artículo 675. *Práctica del interrogatorio.*

Comentario: así como el artículo 731 bis de la actual ley criminal prevé la posibilidad de que el tribunal, de oficio o instancia de parte, por razones de seguridad o de orden público o por otra condición que resulte gravoso o perjudicial, podrá acordar que la actuación se realiza a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, y si bien es cierto que la presencia del acusado en el acto del juicio oral debe ser la generalidad y la comparecencia mediante videoconferencia excepcional no se entiende el porqué de la negativa a la posibilidad de usar la videoconferencia u otro medio semejante, cuando concurren razones como las que prevé el artículo 731 bis actual.

Propuesta: el otorgar a la defensa el turno final de preguntas, siendo la parte que inicia el interrogatorio, supondría un quebranto, del principio de igualdad de

Asociación de fiscales

armas en el proceso penal. Por lo que entendemos, el apartado tercer debe ser suprimido.

Artículo 677. *Ampliación de la pericia.*

Comentario: en el apartado primero se debe suprimir la referencia a “de oficio” y limitarse la posibilidad de acordar la ampliación de los informes periciales únicamente cuando se ha propuesto por alguna de las partes.

Artículo 683. *Examen por el tribunal y alegaciones sobre los documentos.*

Comentario: Con respecto al último párrafo entendemos que es innecesario puesto que la pertinencia y utilidad de las pruebas ya ha sido objeto de “debate” en la preparación del juicio oral, por lo que no se entienden que sea necesarias más aclaraciones al tribunal.

TÍTULO IV

LA CONCLUSIÓN DEL JUICIO ORAL (ART 687 A 691)

Artículo 689. *Informes finales.*

Comentario: en el apartado tercero se vendría introducir la denominada “tesis del artículo 733” de la vigente ley de enjuiciamiento criminal, especificando el momento en el que se introduciría la misma, que sería tras la exposición de los informes orales de las partes.

Artículo 690. *Última palabra del acusado.*

Comentario: la regulación en el anteproyecto de la declaración del acusado, que sólo puede ser propuesta por su defensa, en cualquier momento de la actividad probatoria durante el desarrollo del juicio oral pudiera llevar a la práctica, a que la declaración del acusado, propuesta tras la práctica de toda la prueba en el juicio oral, desvirtuara el derecho a la última palabra. Pero, es más, si el acusado no ha declarado en el acto del juicio porque su defensa no le ha propuesto, este sería el único momento que tendría el acusado para ejercer una especie de “autodefensa” ajena a toda contradicción de las partes y a control por parte de su defensa, teniendo lo manifestado por el acusado en ese trámite valor probatorio, Tribunal Constitucional en sentencia 13/2006, se inclinó a tomar como valorable la confesión en el trámite del derecho a la última palabra, también cuando perjudican al reo; en el mismo sentido el TS se ha mostrado favorable,

Asociación defiscales

Propuesta: entendemos que el planteamiento del anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal debe ser modificado en el sentido de que tanto el ministerio Fiscal, como las acusaciones personadas pueda proponer como prueba el interrogatorio del acusado.

TÍTULO V

LA SENTENCIA (ART 692 A 700)

Artículo 693. *Valoración racional de la prueba.*

Comentario: el anteproyecto excede de su ámbito normativo al entrar en el fuero interno de los magistrados, determinando si con base a determinadas pruebas pudo alcanzarse la convicción de la autoría de los hechos por parte del acusado. La identificación visual puede ser completa, múltiple, contundente y razonable, apreciada además por el tribunal a presencia misma del acusado, llevando ello a la convicción de la autoría. No puede, por tanto, imponerse en todo caso el pronunciamiento de que no habría resultado densificado del acusado, en caso de identificación visual como poro decisivo relevante.

En este sentido, la STS de 25-05-16 afirma que cuando la prueba de cargo relevante sea una identificación visual cuestionada, el tribunal sentenciador debería analizar una serie de factores que afectan a la exactitud y fiabilidad de la identificación. El análisis razonado de estos factores en un caso concreto sirve para que el tribunal sentenciador valore el grado de probabilidad de que el testigo haya efectuado una identificación visual correcta, y para que el tribunal “ad quem” aprecie que el tribunal de instancia ha efectuado una valoración probatoria razonable.

Artículo 698. *Congruencia fáctica de la sentencia penal absolutoria.*

Comentario: si el tribunal declara unos hechos probados, que considera no son constitutivos de delito, no debe matizarlos o alterarlos, con base en la mera posibilidad de que, en un ámbito jurídico distinto, dichos pronunciamientos podrán tener algún efecto no punitivo

LIBRO VII

LOS RECURSOS Y LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES (ART 701 A 770)

TÍTULO IV

RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS (ART 726 A 729)

CAPÍTULO II

RECURSO DE CASACIÓN (ART 742 A 759)

Artículo 744. *Motivos*

Comentario: tal como sostiene con acierto el artículo 742 del anteproyecto, a través del recurso de casación se establece la doctrina jurisprudencial del orden jurisdiccional penal, asegurando la unidad de interpretación y la igualdad en la aplicación de la ley penal. Siendo ello así, hemos de considerar la improcedencia de encomendar al Tribunal Supremo la revisión de la aplicación de las normas constitucionales llevada a cabo por los tribunales inferiores. Si la finalidad de la casación consiste en asegurar la unidad interpretativa de la ley penal, la fijación de doctrina en el orden constitucional no es misión encomendada al Tribunal Supremo. El redactado de la propia Constitución Española no deja al respecto lugar a dudas.

La regulación propuesta por el anteproyecto, reservando la supervisión constitucional por parte del Tribunal Supremo, sólo en relación con las sentencias dictadas en primera instancia por tribunales colegiados, evidencia la ausencia de necesidad procesal, a criterio del propio autor del anteproyecto, de una revisión constitucional por parte del Tribunal Supremo.

Siendo ello así, suprimir esta revisión constitucional innecesaria del Alto Tribunal de Casación permitiría potenciar la misión propia y característica del Tribunal Supremo, consistente en la unificación de la interpretación de las normas penales, así como de las normas procesales de necesaria aplicación para la vigencia de la ley penal.

Propuesta: se propone una redacción diferente del art. 744 en los siguientes términos: *Artículo 744. Motivos.*

“El recurso de casación podrá basarse en la infracción de cualquier norma jurídica sustantiva penal, así como de cualquier norma que deba ser observada en la

Asociación defiscales

aplicación de la ley penal, siendo preciso respetar los hechos que la sentencia declare probados.

Los recursos de casación previstos en el artículo 743.2 de esta ley se basarán en la infracción de las normas jurídicas reguladoras de la jurisdicción...”

Artículo 745. *Interés casacional.*

Comentario: si la sentencia del tribunal colegiado sea dictada en primera o segunda instancia, implica una vulneración de preceptos constitucionales, no es viable supeditar el recurso a que el pronunciamiento lesivo de la **Constitución** alcance interés casacional.

La finalidad del recurso de casación no es la unificación de la doctrina constitucional. El artículo 742 del anteproyecto nos lo indica, al afirmar que el recurso de casación tiene por finalidad “...asegurar la unidad de interpretación...de las normas...en la aplicación de la ley penal...”

El Tribunal Supremo no tiene la finalidad de asegurar la unidad de la interpretación de las normas constitucionales, y así lo dispone “*expressis verbis*” el artículo 123 de la Constitución. Por ello, no es razonable exigir interés casacional en la verificación, por la vía del recurso de casación, de la existencia de un interés doctrinal en el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el ámbito y la mejor hermenéutica de los preceptos constitucionales.

Por otra parte, la gravedad jurídica de una infracción de los derechos constitucionales por parte del tribunal “*a quo*” es tan relevante, que no puede tolerarse que, para asegurar la firmeza de los pronunciamientos judiciales, se consagre una violación de la Carta Magna y los derechos humanos reconocidos por los tratados, a los cuales se ajusta nuestra norma fundamental.

Esta posición implica asimismo la modificación del texto proyectado del artículo 745.3, al definir, de modo inadecuado, el interés casacional constitucional como el planteamiento, por parte de la sentencia recurrida, de una “...*cuestión nueva sobre la que no haya doctrina de la propia Sala del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional...*”.

Propuesta: se propone una redacción diferente del art. 745 en los siguientes términos:

“...Artículo 745. Interés casacional

1 Los recursos de casación motivados en la infracción de una norma penal sustantiva, o bien de una norma procesal que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, sólo podrán ser admitidos cuando merezcan un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el fondo por razón de su interés casacional...

Asociación defiscales

El apartado 3.b) debería suprimirse, con arreglo a las consideraciones ya expresadas “ut supra”. Por ello, el redactado el dicho tercer apartado sólo debería incluir las previsiones de su letra a).

Artículo 746. *Escrito de preparación.*

Comentario: no parece acertada la previsión del anteproyecto, en relación con la actuación preparatoria del recurso.

Si es cierto que la casación debe prepararse por alguno de los llamados “*motivos del recurso*”, como indica la rúbrica de la primera sección, resulta incongruente que se considere preparado el recurso sin indicar ante el tribunal colegiado el motivo o motivos de recurso que se considera concurrentes.

El recurso no puede interponerse más que por alguno de los motivos prevenidos en el artículo 744, por lo que quedan fuera de la previsión del legislador las censuras basadas en quebrantamientos de forma, lesión de derechos que no vinieran consagrados en la Constitución, normas de carácter meramente reglamentario, normas procesales cuya aplicación no fuera estrictamente imprescindible para la aplicación de la ley penal sustantiva, normas internacionales no recibidas en España.

Todos los intentos de llevar a la casación actuaciones jurisdiccionales censurables desde dichos puntos de vista jurídicos deben considerarse excluidas por el legislador, y, por lo tanto, inaceptables por el tribunal ante el cual debe prepararse el recurso.

La necesaria certeza jurídica y la conveniencia de ejecutar sin dilación las resoluciones firmes indican la conveniencia de ampliar las facultades del tribunal inferior, en los mismos términos que se fijan en la legislación actualmente vigente, de larga tradición en nuestra cultura jurídica.

En este sentido, resulta más adecuado al imperativo de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 CE, que la recurrente indique al tribunal los motivos sobre los cuales pretende sostener su pretensión.

Dichos motivos, tal como prevé el artículo 744 del anteproyecto, pueden ser, bien la infracción de norma sustantiva, bien la violación de preceptos constitucionales, tanto como el quebranto de normas procesales de obligado cumplimiento en la aplicación de la ley penal sustantiva.

Propuesta: se propone la siguiente redacción del art. 746:

“...Artículo 746. Escrito de preparación.

El recurso de casación se preparará por escrito que se presentará ante el tribunal que hubiera dictado la resolución que se pretende recurrir en el plazo de diez días desde la notificación de ésta.

Asociación defiscales

En dicho escrito, la parte recurrente manifestará su voluntad de interponer recurso de casación, haciendo constar los motivos por lo fundamentan, con arreglo a lo prevenido en el artículo 744...”

Artículo 751. *Escrito de interposición.*

Comentario: consideramos que dicha exigencia debe limitarse a los supuestos en que se recurre por infracción de ley penal sustantiva, o por infracción de leyes procesales de ineludible consideración para aplicar la ley penal.

Propuesta: se propone la siguiente redacción del art. 746:

“...Artículo 751. Escrito de interposición.

1.- En el escrito de interposición se consignarán, en párrafos numerados, con concisión y claridad:

- a) a El motivo o motivos de casación, encabezados con un breve extracto de su contenido.*
- b) b El fundamento doctrinal y legal aducido en relación con el motivo o motivos de casación.*
- c) c la justificación de la existencia de interés casacional, si se recurre por infracción de ley sustantiva, o de leyes procesales que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal.*

2.- Con el escrito de interposición se presentará el testimonio de la sentencia o auto recurrido entregado al recurrente, así como del auto que acuerde tener por preparado el recurso.

3.- Si el recurrente considera necesaria la celebración de vista en el recurso, deberá solicitarlo así en el escrito de interposición...”

Artículo 753. *Admisión del recurso.*

En el artículo 753.2 se prevé la inadmisión de los recursos de casación, en todo caso, por falta de interés casacional, incluso aunque se hubiese recurrido por infracción de preceptos constitucionales.

Comentario: si la sentencia del tribunal colegiado implica una vulneración de preceptos constitucionales, no es viable supeditar el recurso a que el pronunciamiento lesivo de la Constitución alcance interés casacional. La finalidad del recurso de casación no es la unificación de la doctrina constitucional, sino de la doctrina penal, y en todo caso, procesal penal.

Asociación defiscales

Por ello, no es razonable exigir interés casacional en la verificación, por la vía del recurso de casación, de la existencia de un interés doctrinal en el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la mejor hermenéutica de los preceptos constitucionales. La gravedad jurídica de una infracción de los derechos constitucionales es tan relevante, que no puede tolerarse que, para asegurar la firmeza de los pronunciamientos judiciales, pueda consolidarse una violación de la Carta Magna y los derechos humanos reconocidos por los tratados.

Propuesta: entendemos que el segundo apartado del artículo 753 debería suprimirse.

Correlativamente, el artículo 754.1 debería quedar redactado, suprimiendo la exigencia de que en el proveído de admisión debe expresarse, en todo caso, el interés casacional del recurso.

Asimismo, y por la misma razón de coherencia, debería suprimirse el segundo párrafo del artículo 754, por cuanto realiza una referencia al artículo 753.2, cuya supresión hemos propuesto.

También por razones de coherencia, debería suprimirse la referencia al interés casacional consignada en el segundo párrafo del artículo 754.3.

TÍTULO V

LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES (ART 760 A 770)

Artículo 760. *Motivos de revisión.*

Comentario: Parece que la legitimación debiera extenderse, si el demandante hubiese fallecido, al cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación, o a los ascendientes y descendientes del demandante, o en todo caso a sus herederos. Si tal como sostiene el precepto, la legitimación sólo se concede en casos “graves” y además “persistentes”, no parece razonable restringir la legitimación “sólo” al demandante.

Además, esta limitación entra en contradicción con la legitimación concedida a dichas personas por el artículo 761, referido a las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles. Si una lesión de tal gravedad causada por un tribunal español fundamenta una legitimación tan amplia, no se comprende la limitación al demandante, cuando la lesión afecta a los derechos humanos según los tratados internacionales.

Propuesta: se propone nueva redacción al número 2 del art. 760

“...En este caso, podrá solicitar la revisión quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, y cuando éste hubiese fallecido, las personas referidas en el artículo 761 a) de esta ley...

Artículo 761. Legitimación.

Comentario: el artículo olvida a los herederos del fallecido, refiriéndose al cónyuge, ascendientes y descendientes. La existencia de dichos familiares no excluye la posibilidad de la designación de otros herederos testamentarios, por lo que la legitimación debería ampliarse. El heredero sucede al causante en sus derechos y obligaciones, continuando su personalidad en la vida jurídica, por lo que su exclusión carece de razonabilidad. No es posible que el abuelo pueda demandar y no lo puede hacer quien asume la condición de heredero testamentario, continuando a todos los efectos la personalidad del fallecido.

Propuesta: Con arreglo a las anteriores consideraciones, la redacción del precepto podría quedar del siguiente modo:

“...Están legitimados para solicitar la revisión de las sentencias firmes:

...la persona penada y, cuando ésta haya fallecido, sus herederos, así como su cónyuge o la persona a la que esté ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, así como los ascendientes y descendientes...”

Libro VIII

De los procedimientos especiales (art 771 a 872)

TÍTULO I

LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES (ART 771 A 796)

Comentario: con carácter previo debemos destacar que los procedimientos urgentes se dividen en dos, el procedimiento de enjuiciamiento rápido y el procedimiento de enjuiciamiento inmediato, si bien ambos mantienen una zona común, que arranca con el decreto de iniciación de investigación urgente y finaliza con el decreto de conclusión de investigación urgente.

En esta “zona común”, se practicarán las diligencias necesarias, con la primera comparecencia de la persona investigada y podría requerirse el concurso del juez para ciertas medidas que afectan a derechos fundamentales: como los actos de investigación que precisan autorización judicial, el aseguramiento de fuentes de prueba o la adopción de medidas cautelares.

Una vez practicadas tales diligencias, y concluida la investigación con el decreto de conclusión de la investigación será el momento en el que podrá procederse o bien al archivo del procedimiento, la transformación a ordinario o la solicitud de apertura de uno de los dos procedimientos urgentes citados: el de enjuiciamiento rápido o el inmediato.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES (ART 771 A 780)

SECCIÓN 1ª. ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES

Artículo 771. Ámbito y requisitos de aplicación

Comentario en el Apartado 3. Esta es una de las mayores novedades de la nueva regulación, pues admite que, junto al impulso del procedimiento urgente de la policía, también recaiga esta facultad en el Fiscal. La exposición de motivos los justifica así: *“La segunda novedad consiste en superar la total capacidad de disposición que tienen las fuerzas policiales para determinar la aplicación de este procedimiento especial. En la nueva regulación, cuando el fiscal reciba noticia de un crimen susceptible de investigación íntegra en el servicio de guardia también podrá disponer de oficio la incoación del procedimiento de urgencia”*. Creo que debe valorarse positivamente esta novedad pues residenciar en los cuerpos y fuerzas de seguridad la total facultad de determinar la procedencia o no del juicio rápido es un exceso que, en ocasiones, ha impedido que hechos delictivos que pudieran haber seguido el trámite del enjuiciamiento rápido quedaron relegados a ser incoados como diligencias previas. Ahora el director de la investigación no quedará limitado por el impulso que la policía haya dado al atestado, ni el reconocimiento de hechos será la única vía o “pasarela” hacia el procedimiento de urgencia.

Artículo 772. Delitos flagrantes o susceptibles de investigación concentrada

Comentario: el Anteproyecto sí da un concepto de lo que debe entenderse por “investigación concentrada”, a diferencia de lo que ocurría con el término investigación “sencilla”. La concentración queda perfilada temporalmente, en cuanto que las actuaciones deben realizarse antes del fin del servicio de guardia.

Aquí chocamos con una realidad práctica, en cuanto en España existen diferentes tipos de guardias en función de la población en que se despache la misma. Eso nos plantea dudas, pues si la guardia es semanal, podemos entender que la concentración tendrá una extensión de siete días, pero, sin embargo, si se trata de una guardia de 24 horas, como ocurre en ciudades como Madrid o Barcelona, parece que la concentración quedaría limitada a un día, por lo que deberá perfilarse la duración del servicio de guardia del nuevo Fiscal como director de la investigación.

CAPÍTULO II

El procedimiento de enjuiciamiento rápido (ART 781 A 791)

Artículo 783. *Juicio de suficiencia de la investigación urgente*

Comentario: Si bien las partes no tienen legitimación para recurrir las diligencias denegadas por el fiscal, la ley prevé que la petición pueda reiterarse ante el juez de guardia, que en caso de estimar la petición de parte, puede o bien acordar que se transformen las actuaciones en procedimiento ordinario, o, y esto puede ser polémico, ordenar que se practique de inmediato una diligencia adicional necesaria, aunque no precisa si la diligencia deberá practicarse ante el fiscal de guardia, en cuyo caso deberá devolver el procedimiento a este, o podrá practicarse ante el juez de guardia. Entendemos que debería ser esta última opción la contemplada en la norma, de forma que se evitase así la devolución del procedimiento de nuevo hacia el fiscal, ya que el juez de la fase intermedia bien puede practicar las diligencias que considere necesarias, evitando así los retrasos derivados de la devolución de la causa. En cualquier caso, entendemos que, más tratándose de un procedimiento de naturaleza urgente, esta función de control del juez puede reducir en exceso el papel del fiscal como director de la investigación al tiempo que ocasiona dilaciones o retrasos innecesarios.

Artículo 784. *Juicio de acusación*

Comentario: Reiteramos aquí los peligros expuestos supra sobre la excesiva tutela que la labor del fiscal va a recibir por parte del juez, junto a la ausencia de una rápida tramitación que debe ser esencia de estos procedimientos.

Artículo 787. *Expediente para el juicio oral.*

Comentario: siguiendo el criterio que con carácter general recoge el anteproyecto en el procedimiento ordinario, también en el enjuiciamiento rápido se prevé la formación de expediente para el juicio oral, de forma que accedan a él solo los testimonios que el juez decida previa audiencia de las partes.

CAPÍTULO III

El procedimiento de enjuiciamiento inmediato (ART 792 A 796)

Comentario general. Si bien se sigue la inspiración del Proyecto de 2011, lo cierto es que no estrictamente, pues aquel se encontraba dirigido a los supuestos en los que el delito cometido sea flagrante y la pena a imponer no sea de prisión, o, cuando siendo de esta naturaleza, sea susceptible de suspensión en el caso

concreto, y se justificaba diciendo que dada la especial sencillez de los casos de flagrancia y la circunstancia de que el hecho enjuiciado no puede dar lugar al ingreso en prisión del afectado, se suprime en este procedimiento la fase intermedia como tal y se pasa directamente al juicio oral. En aquel caso, la celebración dependerá de dos comprobaciones previas del juez: que estamos ante un supuesto de delito flagrante que entra dentro del ámbito penológico fijado por la ley y que la decisión del fiscal de proceder a la celebración inmediata del juicio no ha privado a la defensa de una diligencia preparatoria de carácter esencial.

Lo cierto es que, de los distintos modelos, quizás el de 2011 merezca una crítica más positiva pues permite que discurran por los cauces del enjuiciamiento inmediato un mayor número de hechos delictivos (piénsese, por ejemplo, en lesiones del artículo 147), siempre que se trate de hechos que no vayan a dar lugar al ingreso en prisión del afectado y se dé el requisito de la flagrancia delictiva.

TÍTULO III

El procedimiento contra personas aforadas (ART 808 A 817)

El Anteproyecto ofrece una regulación sensiblemente más amplia y elaborada que la que recogen actualmente los artículos 750 a 756, donde sólo se contempla el procedimiento especial contra diputados y senadores, sin mención a aspectos más genéricos que pudieran igualmente afectar al resto de cargos públicos susceptibles de tener condición de aforados.

Artículo 809. *Inicio del procedimiento.*

Comentario. Observamos, en contraste con el artículo 550 del Anteproyecto (que encabeza la regulación del Procedimiento de investigación), se obvia la mención a que “de oficio” llegue a conocimiento del Fiscal la noticia de la comisión de la infracción penal, siendo incuestionable que el Ministerio Fiscal es competente para realizar investigaciones que afecten a una persona aforada (Consulta de FGE 1/2005). De igual modo, no se hace mención a la posibilidad de iniciar procedimiento por el cauce de querrela.

De nuevo, y más bien como cuestión de estilo, se advierte que las menciones al Fiscal nunca respetan la mayúscula (lo cual no ocurre si la referencia es al Juez o Tribunal). Esta precisión la extendemos al resto de artículos estudiados.

Artículo 811. *Actuaciones posteriores.*

Comentario. Se prevé aquí la primera comparecencia de la persona investigada para traslado de cargos a fin de informarle de derechos, así como de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional. Si la persona interrogada accede (una vez hecho el ofrecimiento) se le recibirá declaración en la forma

prevenida (libro III, título I cap III). Ahondando en la regulación de la primera comparecencia, hay que recordar que el Fiscal queda sometido a los límites de su propia comunicación de cargos, de suerte que conforme al artículo 561 cualquier ampliación objetiva o subjetiva que el curso de la investigación imponga exigirá su traslado inmediato con una nueva comparecencia sujeta a los mismos requisitos.

Propuesta. En cuanto al apartado segundo, quizás sería más acertado iniciar la redacción con la expresión “En el caso de *procedimiento incoado por investigación de delito privado*” o “*En caso de que la investigación se siga por delito privado*”, lo cual refuerza el principio de presunción de inocencia

Artículo 815. *Autorización para el enjuiciamiento.* / **Artículo 816.** *Suplicatorio.*

Comentario: sorprende la contundencia del legislador en la exposición de motivos a la hora de valorar la labor de la investigación del Fiscal en el nuevo modelo, al hablar de “total ausencia de valor que caracteriza la investigación del Fiscal”. Entendemos que, si bien es cierto que, en causa contra diputados o senadores, es preceptivo el trámite de suplicatorio, no por ello carece por completo de valor la actuación llevada a cabo por quien –conforme al espíritu del proyecto- se erige en director e impulsor del procedimiento penal, entendiéndose que podría haberse suavizado o bien enfocado de otro modo la importancia del suplicatorio, sin restar importancia a la actuación instructora.

Queda claro que sólo se puede perturbar el ejercicio de la función pública representativa que desarrolla la persona aforada si se solicita al Juez una concreta actividad cautelar o si efectivamente se ejercita la acción penal y se pide la iniciación del verdadero proceso para la imposición de una pena (siempre con la validación del Juez de garantías). De ahí que sean estos dos supuestos -de petición de una medida cautelar y de formulación de escrito de acusación- los que determinan obligación de tramitar el correspondiente suplicatorio ante el Congreso de los Diputados o el Senado.

TÍTULO IV

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA (ART 818 A 835)

Comentario general. La creación de la Fiscalía UE requiere de un reajuste en las normas procesales en cuanto a una reorganización de las disposiciones adjetivas que permitan que la estructura de la Fiscalía UE pueda ejercer sus actividades de forma eficaz, por ello, surge la necesidad de introducir las normas que adapten la eficacia directa del Reglamento (UE) a nuestro sistema procesal penal basado en la instrucción judicial como director de la investigación penal que es diferente al modelo que instituye el Reglamento (UE) que otorga la dirección de la investigación penal a la Fiscalía UE única competente para decidir, completado todo el proceso de investigación penal bajo su única dirección, si procede o no el ejercicio de la acción penal en los delitos PIF.

Asociación defiscales

En la necesidad de acomodar la investigación penal de los delitos PIF de nuestro sistema procesal penal al espacio común procesal europeo para que se permita de forma eficaz que el Fiscal Europeo Delegado logre la plena dirección y control de las funciones de investigación y promoción de la acción penal, al tiempo que una autoridad judicial nacional - configurada con el estatus de auténtico tercero imparcial - se encargue de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales surge la necesidad de determinar la competencia para la fijación del Juez de Garantías, Juez de la Audiencia Preliminar y Tribunal de Enjuiciamiento.

Es claro que existen límites intransitables para la investigación en solitario del Fiscal Europeo y es que la protección de los Derechos Fundamentales representa un camino vedado al sólo paso de la dirección investigadora del Fiscal precisando para penetrar en las esferas de garantías que blindan los Derechos Fundamentales la autorización otorgada por el Juez.

Con la determinación del Fiscal Europeo Delegado y del Juez de Garantías se consagra, en la averiguación de los delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión, el cambio del modelo de investigación penal. Se espera que por la atribución de la dirección de la investigación al FED se dote de mayor agilidad y eficacia en la persecución de los delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión. Sin embargo, no es tanto la aspiración europea lo que marcará la realidad de la investigación de los delitos PIF, sino que dependerá de cómo nuestro ordenamiento procesal articule una mayor autonomía en las decisiones que lleve a cabo el FED. Desde esta concreta perspectiva nos parece que tanto el APLO Fiscalía Europea como el Anteproyecto de la LECrim atribuyen al Juez de Garantías competencias que contradicen la exposición de motivos de ambos textos en tramitación.

Se dice que “la implantación de la Fiscalía Europea requiere, inevitablemente, la articulación de un nuevo sistema procesal, de un modelo alternativo al de instrucción judicial que permita que el Fiscal Europeo Delegado asuma las funciones de investigación y promoción de la acción penal, al tiempo que una autoridad judicial nacional, configurada con el estatus de auténtico tercero imparcial, se encarga de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales”.

Existen atribuciones al Juez de Garantías que no se limitan a velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales, veamos algunos ejemplos:

- a) -Tiene la decisión última para autorizar la extensión a nuevos hechos y la ampliación de la investigación a nuevas personas (artículo 114.2 APLO Fiscalía Europea) pudiendo rechazar la ampliación de la investigación tanto a los nuevos hechos como a las personas investigadas.
- b) -Tiene la última decisión para ordenar la práctica de aquellas diligencias que solicitadas por la defensa de la persona investigada hayan sido denegadas por el FED pudiendo, en contra de lo inicialmente declarado por el FED, ordenar su práctica. (Artículo 34.3 APLO Fiscalía Europea)
- c) -Tiene la decisión sobre el decreto de incoación del FED pudiendo declarar la atipicidad de los hechos objeto de investigación por el FED precisados en

el decreto de incoación (artículo 23.3 en relación con el artículo 24 APLO Fiscalía Europea) decisión que es recurrible en apelación (24.2 APLO Fiscalía Europea)

Estas tres decisiones empañan la verdadera función o esencia del Juez de Garantías proclamada en la exposición de motivos *“auténtico tercero imparcial”* encargado de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales. Atribuyendo al Juez de Garantías la facultad de decidir aspectos claves del diseño de una investigación penal compleja que es dirigida por el FED como son los decisivos pasos de la ampliación de nuevos hechos, la extensión de la investigación a nuevas personas o la práctica de las diligencias previamente denegadas por el FED no se está superando la adherencia al juez de instrucción, antes, al contrario, se está desnaturalizando la esencia del Juez de Garantías. No es sostenible que se proclame como viento de cambio *“Una regulación, capaz de conectar el modelo decimonónico de enjuiciamiento actualmente vigente con las lógicas propias del proceso penal moderno, ya implantado en la práctica totalidad de países de la Unión”* y latidos procesales tan básicos en el pulso de una compleja investigación dependan del llamado Juez de Garantías que necesariamente tendrá que tomar contacto y penetrar con su decisión en el perímetro propio del núcleo de la investigación que se supone iba a dirigir el FED y respecto de la que el Juez de Garantías iba a ser un tercero imparcial. Además, ya existe un deber de información recogido en el Reglamento respecto del FED con la estructura central de la Fiscalía UE para el supuesto de la modificación de la lista de investigados (Considerando 35) así como de todo elemento significativo del caso por lo que conferir al Juez de Garantías la decisión sobre la ampliación de la investigación efectuada por el FED no nos parece acertada de conformidad con la propia configuración proclamada en la exposición de motivos del Anteproyecto.

Si la eficacia y celeridad es lo que prima en el Reglamento UE para la mejor persecución de los intereses financieros de la Unión creemos que lo lógico es que el director de la investigación penal, el FED tenga una mayor capacidad de decisión autónoma y no que el eje central de una investigación compleja precise en los casos señalados de autorización judicial. Máxime cuando el Considerando 20 del Reglamento dispone con vocación de principio que la estructura organizativa de la Fiscalía Europea debe permitir una toma de decisiones rápida y eficaz en la dirección de las investigaciones y acusaciones, con independencia de que impliquen a uno o a varios Estados miembros.

La facultad conferida al Juez de Garantías (en el APLO Fiscalía Europea) de decidir aspectos claves del diseño de la investigación penal (ampliación de nuevos hechos, la extensión de la investigación a nuevas personas o la práctica de las diligencias previamente denegadas) dirigida por el FED encargado no suponen la superación de la adherencia al juez de instrucción, antes al contrario, se está desnaturalizando la esencia del Juez de Garantías porque para la adopción de esta decisión necesariamente tendrá que tomar contacto y penetrar con su valoración en el perímetro propio del núcleo de la investigación que se supone iba a dirigir el FED encargado y respecto de la que el Juez de Garantías iba a ser un tercero imparcial.

TÍTULO V

EL JUICIO POR DELITOS LEVES (ART 836 A 848)

Comentario general inicial: el juicio por delito leve se configura como un procedimiento especial, con una regulación muy similar a la vigente. Por eso, en este documento se proponen algunas mejoras de carácter técnico, pero necesariamente generales, es decir, no específicamente referidas a preceptos concretos. Se trata de proponer algunas ideas básicas o estructurales que puedan generar una reflexión sobre el diseño propuesto en el texto informado.

Propuestas:

I) Debería contemplarse alguna fórmula procesal que permita la celebración de este tipo de juicios de forma inmediata, en el servicio de guardia.

II) Existe un debate sobre la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos. En cualquier caso, se considera que la intervención del Fiscal debería ser potestativa, conforme a las instrucciones impartidas por el Fiscal General del Estado. Eso implicaría la modificación del art. 845.1 del texto

III) Se considera innecesario, además de perturbador desde el punto de vista organizativo, que la intervención del Fiscal en la fase de ejecución sea imperativa, con independencia de que haya intervenido o no en el juicio por delito leve. Eso implicaría la modificación del art. 845.2 del texto.

IV) Las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva determinan la necesidad de que el Juez competente se pronuncie expresamente sobre la ratificación, modificación o alzamiento de las medidas cautelares adoptadas previamente. Eso implicaría la modificación del art. 841.2, en su último párrafo.

TÍTULO VI

PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO (ART 849 A 867)

Comentario general. El anteproyecto no presenta grandes cambios con la regulación actual. Se mantienen cuestiones nucleares como la legitimación activa exclusiva del Fiscal, los supuestos para los que está previsto el decomiso autónomo, la remisión al juicio verbal, la estructura de la demanda (que de hecho es idéntica a la actual), o el contenido y efectos de la Sentencia.

En todo caso y en relación con la actuación del Ministerio Fiscal sorprende la redacción del art. 854.2 *La competencia para autorizar los actos de investigación o para adoptar las medidas cautelares en la pieza separada de decomiso autónomo corresponderá al Juez de Garantías del procedimiento principal.* Consideramos que el Juez de Garantía podrá autorizar medidas cautelares, pero no la realización de actos de investigación. Tal posición aleja al Juez de Garantía de su manto de imparcialidad. Tal referencia debería suprimirse. El fiscal tiene competencia para oficiar a la Policía Judicial y a la Oficina de recuperación y gestión de activos (art. 1 del Real Decreto 948/2015, de 23 de

octubre, por el que se regula la ORGA) por lo que no necesita ninguna autorización judicial para esa investigación patrimonial.

De hecho, la regulación de la investigación del Ministerio Fiscal para la ejecución de sentencia prevista en el art. 867, no incluye esa precisión.

Libro IX

De la ejecución penal (ART 873 A 982)

Comentario general inicial: el texto presenta un indudable aspecto positivo en este punto, que consiste precisamente en la propia regulación de una materia que, hasta el momento, aparece huérfana de una mínima normativa aplicable. No obstante, el anteproyecto establece un diseño de la ejecución penal muy condicionado por la proliferación de vistas, audiencias o comparecencias³. El notable incremento de actuaciones presenciales contribuirá al aumento de las tensiones organizativas en las Fiscalías, por lo que es imprescindible que este aspecto se contemple en el estudio riguroso de las medidas necesarias para la puesta en funcionamiento de esta reforma legal. A ello se añade que, conforme a la disposición transitoria cuarta del texto, el nuevo sistema será aplicable a las ejecutorias que se encuentren en tramitación en el momento de la entrada en vigor de la reforma. En tal sentido, se considera que el modelo debería ser revisado. Las comparecencias pueden ser eficaces cuando exista desacuerdo u oposición de los intervinientes, o previa petición de parte. Una audiencia obligatoria para resolver un aspecto de la ejecución sobre el que no exista controversia entre las partes solo puede contribuir a la ineficiencia del sistema. Del mismo, se hace necesario aclarar el orden de intervención o informe del Ministerio Fiscal, en función del trámite de que se trate.

Sobre la base de estas consideraciones generales, se formulan algunas propuestas de carácter técnico.

³ Así, se contempla la audiencia como potestativa en múltiples materias (art. 895); mientras que la audiencia es preceptiva en los siguientes ámbitos: suspensión de condena (art. 923), control del cumplimiento de la pena (art. 934), trabajos en beneficio de la comunidad (art. 940), ejecución de medidas de seguridad, tanto inicial como periódica (arts. 942, 943, 945, 949), modificación de la multa o de los plazos (art. 953), reducción de pena en casos de transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica condenada (art. 963.2), contenido de la intervención judicial (art. 966), clausura de locales y establecimientos (art. 969), o sobre el plan de pagos (art. 975).

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES (ART 873 A 900)

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN (ART 873 A 877)

Comentario general. Espoleado seguramente por ese déficit histórico de una exigua regulación de la materia, abre el anteproyecto de reforma comentado el citado Libro IX con la proclamación, superflua a todas luces, en sus arts. 873 a 877, de unos principios generales que no son otra cosa que reformulaciones y adaptaciones de esos mismos principios que se encuentran ya recogidos en el pórtico del propio texto articulado, e incluso fuera de él, con vocación de aplicación generalizada a todo el ordenamiento jurídico.

Novedoso y singular es, en cambio, el último de los principios definido en el art. 877, que denomina “principio de flexibilidad” (luego renombrado en la última versión del texto propuesto como “principio de adecuación”), no contemplado en el anteproyecto de 2011 y conforme al cual se autoriza la modificación de las resoluciones ya firmes adoptadas en el proceso de ejecución cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que determinaron su adopción.

Al erigir esa posibilidad como principio general de ejecución le otorga un alcance demasiado amplio para lo que supone de quiebra del dogma de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, con basamento en la seguridad jurídica, al referirlo, en una formulación excesiva, a cualquier cuestión referida a la ejecución.

Para poder llevar a cabo la modificación de la resolución prevé su párrafo 2º una audiencia imperativa (se oirá “siempre”) al Fiscal y a todas las demás partes o víctimas afectadas por la decisión, en un traslado esta ocasión a todas luces necesario por la extraordinaria relevancia de la decisión.

Parece que en el afán de dotar de autonomía y sustantividad propia a la ejecución como un auténtico proceso se incide en su carácter participativo y contradictorio con constantes requerimientos a las partes cuando se trata en realidad, en esta última fase del proceso, de dar cumplimiento a lo ya decidido.

Propuesta: en este sentido, los traslados para informe deberían limitarse con una expresa previsión en la norma a los estrictamente necesarios de audiencia por la relevancia de la decisión a adoptar. No estaría de más un precepto que dijera, entre estas disposiciones generales con que se abre la regulación de la ejecución, que las audiencias y traslados a las partes tendrán lugar exclusivamente en aquellos casos expresamente previstos en la ley.

CAPÍTULO II

El tribunal de ejecución (ART 878 A 879)

Artículo 878. *Competencia y órganos de la ejecución.*

Comentario: prevé el citado precepto con carácter general la actuación del Tribunal de Instancia como órgano unipersonal salvo para resolver sobre unas concretas y limitadas materias, que se han considerado especialmente relevantes, pero que bien podría abarcar algunas más (como, por ejemplo, por su indudable trascendencia, decidir sobre la suspensión de la ejecución o sobre su revocación), o bien referir la necesidad de actuación de la sección colegiada a todas las incidencias que puedan plantearse en la ejecución en el caso de las condenas por delitos graves y no limitarla a solo tres supuestos al margen de la gravedad del delito objeto de la condena (libertad condicional, revisión de la prisión permanente y determinación del máximo del cumplimiento) en las que además debería preverse expresamente la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como contempla el CP, al ser el órgano que más contacto tiene con el penado y su situación penitenciaria, especialmente en lo relativo a la libertad condicional.

CAPÍTULO III

SUJETOS DE LA EJECUCIÓN (ART 880 A 888)

Comentario: dedica el anteproyecto un Cap. III, dentro de las Disposiciones Generales, a los que denomina “sujetos de la ejecución”, con el empleo de una terminología inapropiada, quizás con el propósito de enfatizar la sustantividad propia de la ejecución, más que como fase, como un proceso diferenciado del declarativo dirigido a la imposición de una pena. Sujetos, en cualquier caso, entre los que incluye, junto al condenado (secc. 1^a) y a los acusadores y las víctimas del delito, al MF, como uno de los sujetos de la ejecución (secc.2^a). Más acertada sin duda habría resultado el empleo de la expresión de “parte en la ejecución”, utilizada por las propuestas de 2011 y 2013, por cuanto el carácter contradictorio informa también a la fase de ejecución en alguna de sus incidencias (solo en algunas), lo que en todo caso no deja de reconocerse en los artículos que conforman el Cap. III donde reconduce a esos sujetos, como no podía ser de otra forma, a su condición procesal de parte. En la ejecución no hay más sujetos que el tribunal (sujeto activo) y el condenado (sujeto pasivo) pudiendo, a lo más, catalogarse a los otros intervinientes de “partes” en una fase del proceso en que ya lo fueron.

Regula de manera claramente insuficiente el art. 883 la discapacidad sobrevenida del condenado durante la ejecución. Prevé el lógico efecto suspensivo del procedimiento en los mismos términos en que se contempla en el caso de sobrevenir dicha discapacidad durante la investigación (art. 79), pero sin regular específicamente para este supuesto las medidas que serían aplicables ni el procedimiento y órgano competente para adoptarlas, echándose en falta una regulación detallada de estos extremos, tal y como sí se hacía en los arts. 749 y ss.

del anteproyecto de 2011. También se echa en falta la previsión expresa de que en estos supuestos el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones legales que fueran procedentes en materia de protección de personas con discapacidad.

Artículo 886. Ministerio Fiscal.

Comentario: prevé que será siempre parte en el proceso de ejecución, incluso tratándose de sentencias dictadas en procesos seguidos por delitos privados. Se nos antoja una formulación demasiado amplia del precepto que conduce a la previsión de una intervención excesiva del MF en la ejecución con unas audiencias e informes previos a la resolución que no resultan necesarios para el debido control de la sujeción a la legalidad de la actividad judicial en esta fase del proceso. Debería, como ya se dijo, limitarse, especialmente respecto de este sujeto de la ejecución (al igual que para los demás) su intervención a los casos expresamente previstos y no dejar la participación del MF abierta a oírle para todo o al albur del capricho del tribunal.

Propuesta: los traslados durante la ejecución al MF deben limitarse a aquellos supuestos en los que esté expresamente contemplado en la Ley o que por la trascendencia de la cuestión a decidir pueda estimarse necesario, puntualmente, recabar su parecer, lo que la nueva regulación deja en el aire.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO GENERAL DE EJECUCIÓN (ART 889 A 900)

Comentario: Para el caso de sentencia absolutoria no se prevé, tal y como viene haciéndose actualmente, la incoación de ejecutoria, lo que no resulta acertado, porque con independencia del sentido del pronunciamiento, condenatorio o absolutorio, es ejecutoria toda sentencia firme y como tal debe registrarse y numerarse, pasando a ser una entidad jurídica distinta la sentencia definitiva de la firme, que cierra la fase de juicio oral e inicia la de ejecución. Y cuyo cumplimiento requiere también de actuaciones posteriores a la firmeza (como el propio precepto prevé) y que deben llevarse a cabo en un marco jurídico procesal nuevo (el de la ejecución), en todo caso como fase, más que como proceso.

Sorprende por lo demás que no se prevea en el precepto la obligada comunicación al MF, que es siempre parte, de la incoación de la ejecutoria, para la inmediata constancia y su debido registro en la aplicación informática de la Fiscalía, más aún cuando se le impone por sus normas internas (Instrucción 1/2010) el debido control de las sentencias firmes pendientes de ejecución.

TÍTULO II

REGLAS ESPECIALES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ART 901 A 931)

CAPÍTULO I

La ejecución de la pena de prisión (ART 901 A 906)

Comentario: la terminología que utiliza el legislador al hablar de “ejecución de la pena de prisión”, se estima poco adecuada porque también son formas de ejecución, formas sustitutivas, la suspensión y la expulsión judicial sustitutiva ex art. 89 CP y por ello se considera mucho más precisa la expresión “cumplimiento material de la pena de prisión”.

Artículo 904. *Fijación del tiempo máximo de cumplimiento.*

Comentario: se valora muy positivamente, que además de recurso de casación, se prevea la posibilidad de interponer recurso de apelación, sobre todo, para aquellos casos en los que la discrepancia con lo resuelto se deba a errores del órgano sentenciador en la realización de las operaciones aritméticas necesarias para la resolución del incidente, lo que obligaba con la regulación actualmente vigente, a tener que acudir al recurso de casación.

Artículo 905. *Delito continuado o concursos ideal o medial enjuiciados por separado.*

Comentario: un acierto del legislador es el tratamiento que el art. 905 dispensa a los supuestos de enjuiciamiento separado de hechos susceptibles de ser considerados como un único delito continuado o concurso ideal o medial de delitos, situación que se plantea con relativa frecuencia, en cuyo caso, el último tribunal sentenciador, determinará de oficio o a instancia de parte, la pena a cumplir, siempre que suponga un beneficio al reo. En tal supuesto, será de aplicación la tramitación prevista para el incidente de fijación de máximo de cumplimiento

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD CONDICIONAL (ART 907 A 912)

Comentario general. Aun cuando resulta positivo el hecho de que la nueva regulación establezca la audiencia de la víctima, esté personada o no, como trámite previo a la decisión a la concesión de la suspensión de la libertad condicional, imposición de reglas de conducta al penado, modificación o revocación del

Asociación defiscales

beneficio y eventual remisión definitiva, por cuanto la misma puede proporcionar información relevante al efecto, evidentemente la citación de las acusaciones y víctimas no personadas y la celebración de todas estas audiencias durante la tramitación del expediente de libertad condicional, retrasará su tramitación, lo que a la postre puede redundar en perjuicio del reo, retrasando por ejemplo, la concesión de la misma.

Por otra parte, la nueva regulación adolece de alguna laguna, como la relativa a si es obligatoria la presencia del penado en estas audiencias y cuáles serían en su caso, las consecuencias legales de su incomparecencia.

Finalmente, y desde el punto de vista de organización interna de la Fiscalía, el ingente número de audiencias que el legislador prevé en el denominado proceso de ejecución y la obligada presencia del Ministerio Fiscal en las mismas ignora la situación de colapso en el que se encuentran actualmente muchos órganos sentenciadores y reclamará.

CAPÍTULO III

Especialidades de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable (ART 913 a 919)

Comentario: No se comparte la atribución competencial al tribunal de ejecución y se considera mucho más adecuado que la competencia en materia de suspensión de la ejecución de prisión permanente revisable corresponda en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de la competencia del tribunal de ejecución para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones del mismo que versen sobre esta materia.

Aun cuando el sistema de audiencias garantiza la participación de la víctima en la ejecución de la pena de prisión y ciertamente la misma puede proporcionar información relevante a la hora de decidir sobre la suspensión de la ejecución, la imposición de reglas de conducta al penado, la revocación del beneficio o la remisión definitiva, , evidentemente la citación de las acusaciones y víctimas no personadas y la celebración de todas estas audiencias durante la tramitación del expediente, retrasará su tramitación, lo que a la postre puede redundar en perjuicio del reo. Por otra parte, y desde el punto de vista de organización interna de la Fiscalía, el ingente número de audiencias que el legislador prevé en el denominado proceso de ejecución y la obligada presencia del Ministerio Fiscal en las mismas ignora la situación de colapso en el que se encuentran actualmente muchos órganos sentenciadores y reclamará un importante aumento del número de Fiscales dedicados a la tarea de la ejecución

Propuesta: se propone sustituir la celebración de dichas audiencias por un traslado para informe escrito por plazo de 5 días, siendo preceptivo el del Ministerio Fiscal y el de la defensa del penado, de tal forma, que transcurrido dicho plazo sin que las acusaciones o víctimas no personadas hayan informado o se

Asociación defiscales

hayan manifestado, les precluiría el trámite y el tribunal de ejecución podría entrar a resolver directamente.

TÍTULO III

REGLAS ESPECIALES DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS (ART 932 A 941)

Artículo 940. *Trabajos en beneficio de la comunidad.*

Comentario: la comparecencia preceptiva puede ser un trámite innecesario. Pero, además, hacerla con carácter previo a la elaboración de un plan de ejecución por parte del servicio de gestión de penas, significará que en múltiples ocasiones carecerá de contenido. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el art. 49 CP, el penado ya habrá mostrado su conformidad con la imposición de esta pena.

Propuesta: nueva redacción del art. 940.

“1. Para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el tribunal encargado de la ejecución podrá convocar al Ministerio Fiscal, a la persona condenada y a su defensa a una comparecencia en la que serán oídos sobre las condiciones de cumplimiento, o darles traslado para que se pronuncien en el plazo de cinco días, comenzando por el Ministerio Fiscal.

2. (Idéntica redacción).

3. También podrá optar el tribunal por realizar tal trámite una vez recibido el plan de ejecución del servicio de gestión de penas y medidas alternativas, y tras la audiencia a las partes, aprobar el plan, modificarlo por sí mismo o devolverlo a dicho servicio a fin de que elabore uno nuevo cumpliendo sus indicaciones.

4. (El apartado 3 pasaría a ser el 4)”.

TÍTULO V

LA EJECUCIÓN DE PENAS O MEDIDAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL (ART 951 A 960)

Artículo 953. *Modificación de la multa o de los plazos.*

Comentario: de nuevo, la comparecencia preceptiva puede ser un trámite innecesario. La audiencia a las partes sí puede ser conveniente, pero la vista debería ser potestativa.

Propuesta: nueva redacción del art. 953.2.

“Si la modificación instada implicara la reducción del importe de la multa fijada en sentencia, el tribunal, antes de resolver, dará audiencia o convocará a una comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona condenada y a su defensa y a las acusaciones personadas.

Contra el auto que resuelva sobre la reducción del importe de la multa podrá interponerse recurso de apelación”.

TÍTULO VI

ESPECIALIDADES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS Y MEDIDAS IMPUESTAS A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 963. *Transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica tras la sentencia firme.*

Comentario: una vez más, la comparecencia preceptiva puede ser un trámite innecesario. Puede ocurrir que estemos en presencia de casos muy sencillos o, a la inversa, que el asunto sea significativamente complejo, en cuyo caso es inviable para el Ministerio Fiscal estudiar la documentación mercantil (entre la que, sin duda, se incluirán las cuentas de la sociedad) en el acto de la vista. Además, también ha de tener la posibilidad de proponer prueba y solicitar la práctica de prueba pericial que solicitaría del tribunal.

Propuesta: modificación del art. 963.2, en su párrafo segundo:

“Para la resolución de este incidente la persona jurídica deberá aportar, junto con su petición, la documentación mercantil que justifique su pretensión, unida a los informes periciales que considere pertinentes. De dicha petición se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, que podrán informar por escrito o solicitar la celebración de una comparecencia, para la cual podrán presentar los documentos o informes periciales que sean procedentes o instar del tribunal su incorporación o realización con carácter previo a la misma”.

Artículo 968. *Suspensión de actividades de la persona jurídica y prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

Comentario: en este precepto no se incluye la posibilidad de que se encargue a las fuerzas y cuerpos de seguridad la vigilancia y comprobación del cumplimiento de la pena impuesta. Esta opción sí se contempla en el art. 969. No se entiende la diferencia de trato entre ambas penas, que son fácilmente comprobables. Piénsese en delitos urbanísticos, medioambientales, o relativos a la prostitución.

Propuesta: añadir un nuevo apartado 3 al art. 968, con el siguiente tenor literal:

Asociación defiscales

“3. Las fuerzas y cuerpos de Seguridad vigilarán periódicamente, conforme se indique por el tribunal en la orden de ejecución, la no realización de las actividades suspendidas o prohibidas”.

Artículo 969. *Clausura de los locales y establecimientos.*

Comentario: como en los supuestos anteriores, la comparecencia preceptiva puede ser innecesaria.

Propuesta: nueva redacción del art. 969.1, con el siguiente tenor literal:

“1. Si la persona jurídica condenada tuviera varios locales o establecimientos y la sentencia no hubiera establecido cuál de ellos ha de ser clausurado, antes de resolver el tribunal encargado de la ejecución oír a las partes o bien, de oficio o instancia de parte, convocará a una audiencia a las partes para oír las sobre esta cuestión”.

TÍTULO VII

LA EJECUCIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL PAGO DE COSTAS

Artículo 977. *Ejecución de los pronunciamientos civiles en los delitos contra la Hacienda Pública.*

Comentario: en estos casos se considera que el Fiscal debiera intervenir en último lugar, para poder informar tras tomar conocimiento de las diferentes posturas. Es de este modo como más puede auxiliar al tribunal emitiendo informes de legalidad.

Propuesta: nueva redacción del art. 977.2, con el siguiente tenor literal.

“2. En la ejecución de sentencias por delitos contra la Hacienda Pública, la disconformidad de la persona obligada al pago con las modificaciones que, con arreglo a lo previsto en la Ley General Tributaria, lleve a cabo la Administración Pública se pondrá de manifiesto al tribunal competente para la ejecución en el plazo de treinta días desde su notificación. El tribunal, dará traslado a la Administración ejecutante por idéntico plazo y de dichas alegaciones dará audiencia al Ministerio Fiscal por el mismo plazo, y resolverá mediante auto si la modificación practicada es conforme a lo declarado en sentencia o si se ha apartado de la misma, en cuyo caso, indicará con claridad los términos en que haya de modificarse la liquidación”.