

EL PROCESO PENAL DEL SIGLO XXI:
QUO VADIS IUSTITIA?



EL PROCESO PENAL DEL SIGLO XXI:
QUO VADIS IUSTITIA?

Actas de la Jornada de Derecho Procesal
Jerez de la Frontera, 24 de abril de 2015

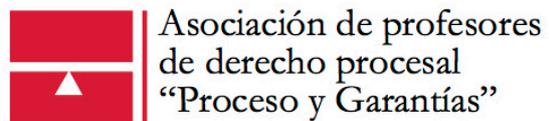
Directora
ISABEL VILLAR FUENTES

Coordinador
PABLO GARCÍA MOLINA

Autores

VIRGINIA ALONSO GONZÁLEZ JUAN JOSÉ PARRA CALDERÓN
ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN MARTA DEL POZO PÉREZ
MANUEL ESTRELLA RUIZ LOURDES DEL RÍO FERNÁNDEZ
FRANCISCO JAVIER GRACIA SANZ JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
ISABEL HUERTAS MARTÍN NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
LOURDES MARÍN FERNÁNDEZ ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO
FERNANDO MARTÍN DIZ INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS
FELIPE MELÉNDEZ SÁNCHEZ ISABEL VILLAR FUENTES

ORGANIZAN:



COLABORAN:



GESTIONA:



© De los autores

© Isabel Villar Fuentes (directora) y Pablo García Molina (coordinador)

ÍNDICE

Introducción.....	1
<i>Arturo Álvarez Alarcón</i>	

I. EL MODELO DEL PROCESO PENAL

¿Quién debe juzgar en el proceso penal?.....	10
<i>José María Roca Martínez</i>	

Instrucción fiscal vs. judicial.....	31
<i>Francisco Javier Gracia Sanz</i>	

Presente y futuro del jurado.....	44
<i>Lourdes Marín Fernández</i>	

Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal.....	57
<i>Marta del Pozo Pérez</i>	

II. REFORMAS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Los derechos fundamentales en la futura regulación del proceso penal.....	82
<i>Isabel Huertas Martín</i>	

Aspectos problemáticos de la prisión provisional.....	92
<i>Inmaculada Sánchez Barrios</i>	

Derecho a la asistencia letrada en el proceso penal: recomendaciones desde la Unión Europea.....	99
<i>Fernando Martín Díz</i>	

III. LA INSTRUCCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Reflexiones sobre el agente encubierto informático.....	109
<i>Isabel Villar Fuentes</i>	

Fiscal, instrucción y derechos fundamentales.....	129
<i>Virginia Alonso González</i>	
Juez, instrucción y derechos fundamentales.....	142
<i>Lourdes del Río Fernández</i>	
La defensa de los derechos fundamentales en la instrucción.....	151
<i>Felipe Meléndez Sánchez</i>	

IV. ENJUICIAMIENTO Y EJECUCIÓN PENALES

El nuevo juicio por delitos leves (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).....	161
<i>Ana María Rodríguez Tirado</i>	
Cuestiones polémicas sobre la ejecución penal.....	191
<i>Juan José Parra Calderón</i>	
Novedades legislativas en materia de comiso y recuperación de activos.....	204
<i>Nicolás Rodríguez García</i>	
Temas para un futuro proceso penal.....	214
<i>Manuel Estrella Ruiz</i>	

INTRODUCCIÓN

Todos los que nos dedicamos al estudio del Derecho procesal sabemos que la crisis de la justicia no cesa. Todos los que de algún modo tienen que ver con el mundo del foro también lo saben. La justicia está permanentemente en crisis. Una crisis que permanece en todo tiempo y lugar, pues no es privativa de España, ni lo es del Siglo XX ni tampoco de lo que llevamos del XXI.

Sin embargo, nada tiene que ver el funcionamiento y organización de los tribunales españoles en los tiempos actuales con lo que era en épocas pasadas. Debe añadirse que esto es así afortunadamente. Y quizás no se pone la atención en esta perspectiva. Nos rajamos las vestiduras quejándonos de la justicia, pero no reconocemos el valor de lo que tenemos. Recordemos que en épocas pasadas ciertos delitos eran juzgados por una más que criticable jurisdicción militar, o que lo contencioso-administrativo tenía una dudosa independencia, o la distancia de los justiciables respecto de los juzgados, etc.

Quizás nos debiera bastar con pensar en que nadie imagina hoy una justicia sin el artículo 24 de la Constitución. Esta norma, su contenido y desarrollo por el Tribunal Constitucional, constituyen hoy la pieza clave de la justicia y de todo el ordenamiento jurídico; pero, además, a diferencia de lo que ha ocurrido otras veces, no se queda en mera proclamación sino que es real, esto es, tiene vigencia efectiva en la práctica.

Se puede hablar de crisis de la justicia, pero no se puede negar que la justicia española, desde la Constitución de 1978 y de ese artículo 24, es muy diferente de la que existía en épocas anteriores.

Pero se sigue hablando de crisis de la justicia. Se sigue clamando por una justicia mejor y se le siguen atribuyendo los mismos defectos siempre (lentitud, coste económico, alejada de los justiciables, falta de imparcialidad,

etc.) todos los cuales podrían encerrarse en una expresión o, más bien, en un sentimiento: una justicia injusta.

No creo que sea así. Creo que no se ha destacado debidamente que tenemos la mejor justicia que nunca ha habido en toda la historia de España. La independencia y preparación de los juzgadores, las garantías de los justiciables, los medios de defensa, la preparación de todos los que colaboran con la justicia, desde los Secretarios judiciales hasta el último agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no pueden llevarnos a la conclusión de que nuestra justicia es mala y que está en crisis. Ni la comparación con épocas pretéritas ni con los países de nuestro entorno pueden conducir a ese pensamiento.

Resulta muy difícil medir los éxitos de la justicia cuando éstos son intangibles. Es difícil medir el acierto del juez al aplicar la ley o el éxito del ordenamiento al lograr que se respeten los derechos y garantías de los justiciables. Por el contrario, pesa negativamente en esa contabilidad el hecho de que un acusado sea absuelto porque las pruebas se obtuvieron ilícitamente; también es criticada la decisión del juez cuando la pena que impone en alguna ocasión es inferior a la que desea clamorosamente la sociedad, indignada por el delito que cometió y que afectó a la vida de algún menor, por ejemplo. Esos casos, precisamente, son muestra de que la justicia funciona y funcional debidamente.

Como lo es también que los tribunales persigan a los políticos y funcionarios corruptos, es decir, a los miembros de otros poderes del Estado. O cuando persigue a policías y guardia civiles, o a los propios jueces, o a los abogados. Es un éxito de la justicia de hoy que no se detenga en la persecución de los delitos cometidos por personas relevantes en el Estado. Esto está lejos de lo ocurrido en otras épocas.

Podrá afirmarse, no obstante, que la justicia sigue siendo lenta y cara, que hay casos conocidos en los que los tribunales no han podido “meter

mano” a ciertos políticos o personas de posición económica importante. Es cierto, pero, insisto, debemos tomar nota de donde venimos y donde estamos.

Por tanto, parece que la conclusión que procede en este instante es que la crisis de la justicia, siendo permanentemente sentida, tiene un contenido relativo, pues dependerá de cómo se midan los elementos que la definen.

Lo dicho no debe llevar a nadie a un conformismo con lo que tenemos. Todo lo contrario. La falta de conformidad con lo que se tiene es lo que nos hace avanzar y eso, en el caso de la justicia, que tanto tiene de sentimiento, cobra un papel relevante. Pero los sentimientos no deben confundirnos y dirigir la justicia ni, principalmente, su rumbo. Como acabo de decir, no debemos olvidar de donde venimos ni dejar de comprender donde estamos. Esto nos proporcionará perspectiva para determinar a dónde nos debemos dirigir, a dónde debe dirigir sus pasos la justicia. En las decisiones que deben tomarse para mejorar la justicia no deben imperar los sentimientos sino la reflexión y la prudencia, que no siempre son compatibles.

Es importante saber donde estamos para comprender todo lo que se ha ganado en materia de justicia, todo lo que la sociedad ha alcanzado en este punto. Esto se debe saber para no perderlo, no sea que las reformas que se quieran emprender sean un paso atrás, que en la historia a veces se dan pasos en direcciones incorrectas.

De estas reflexiones viene el título de la jornada que ahora se inicia: ¿a dónde vas justicia? *quo vadis iustitia?* La pregunta persigue que tanta reforma como se persigue se detenga un momento para responder y, con ello, para pensar sobre el modelo de justicia que se está diseñando. Ya han sido muchas las voces que han hablado de la legislación “galopante” o “motorizada”, o que han usado variados calificativos para referirse al frenesí en la productividad de nuestras cámaras legislativas. Si esto es algo que puede llegar a provocar inseguridad jurídica, debemos pensar que, cuando de lo que se trata es de las normas que afectan a la justicia (orgánicas y procesales) lo que se puede llegar

a provocar es una alteración en el equilibrio de los poderes del Estado. No se puede dejar de lado que el funcionamiento de la justicia tiene que ver con uno de los poderes del Estado, el cual, precisamente, debe constituir el fiel que refleje el equilibrio entre los demás, aunque Montesquieu ya no esté muy de moda.

Es necesario, entonces, reflexionar hacia donde nos están llevando las reformas legislativas que se han venido haciendo y las que están en curso. Porque, por ejemplo, con el argumento de que la justicia es lenta, se plantea que el Estado ya no puede incrementar la estructura orgánica por su coste económico (habría que compararlo con otros Estados del entorno) y que lo más adecuado es que los ciudadanos acudan a otras vías de solución de conflictos. Esta idea rebaja las ilusiones que uno transmite a los alumnos cuando les dice que todos los ciudadanos tienen derecho a la tutela judicial efectiva, que los jueces son independientes porque aplican la ley, a lo que todos tienen también derecho, etc. Si a continuación el Estado aconseja o estimula las vías alternativas a los tribunales alegando que tienen unas bondades que no se alcanzan con los tribunales, se quiera o no, éstos salen peor calificados. El Estado está invitando que los ciudadanos generen una suerte de “justicia privada”, con la consiguiente dejación de funciones por parte de aquél, funciones que, por otro lado, son esenciales en un Estado de Derecho.

Se han hecho reformas que han servido para que el Secretario judicial asuma un mayor papel, apropiado, además, a su preparación. Pero esto, no se puede poner en duda, reduce el protagonismo del juez en el proceso; lo que no está mal si el que lo asume es un especialista, como es el caso, y siempre que ello no signifique una invasión de la esfera jurisdiccional, lo que también ha ocurrido en algún aspecto.

Se propugnan otras reformas, en el ámbito del proceso penal, que también conducen a mermar el protagonismo del juzgador. Así, por ejemplo,

la entrega al Ministerio fiscal del monopolio de la investigación y de la acusación (con la persecución que se hace de la acusación popular y, en algún caso, de la particular) conlleva que el juez vea disminuidas sus facultades procesales.

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria vendrá a producir otro recorte en las funciones del juez, a favor de los Secretarios judiciales y de los Notarios. Por cierto, con un incremento del papel de los abogados y de los procuradores, particularmente de estos últimos, sin que conste que estas medidas supongan un abaratamiento de la justicia. Podrá decirse que como ya no es jurisdicción contenciosa ya no estará en las estadísticas de la justicia (pongo por caso la separación y divorcio de mutuo acuerdo y sin hijos).

Nada hay que objetar respecto de estos profesionales, de preparación y desempeño impecables. Pero la pregunta debe responderse. ¿A dónde vas, justicia? Ninguno de estos profesionales se integra en el Poder Judicial; ninguno de ellos goza de la independencia e imparcialidad que se atribuye a los jueces y magistrados. Ninguno de ellos tiene como función única la de hacer que se cumpla la ley y sólo la ley, por más que en sus reglamentaciones propias, como las de todo funcionario, se hable de su independencia e imparcialidad.

El cambio que se está produciendo es muy importante y afecta al equilibrio de las funciones del Estado. Así, si el Fiscal General del Estado lo dispone, podrá dejar de perseguirse cierto hecho presuntamente criminal. El juez seguirá siendo independiente e imparcial y sólo decidirá conforme a la ley ... pero sólo cuando le pongan el asunto encima de la mesa realmente es juez. Entre lo que deja de ser falta, lo que se traspa a los Secretarios judiciales y a los Notarios, lo que es llevado a la mediación y al arbitraje, lo que el Ministerio fiscal decide que no es delito, lo que las partes (Ministerio fiscal incluido) acuerdan, puede producirse de hecho un vaciamiento de las funciones jurisdiccionales.

Pareciera que hay una pérdida de confianza por parte de la sociedad en los jueces. Entiendo que realmente no es así. A pesar de lo que digan las encuestas, creo que la sociedad española confía plenamente en los jueces. Como dicen los políticos cuando se acercan las elecciones, la única encuesta válida es el resultado electoral. Pues bien, algo parecido ocurre con la opinión ciudadana, pues si los ciudadanos desconfiaran de los tribunales los evitarían en lugar de incrementar, año tras año, el recurso a los mismos. En su mano está eludirlos a través del arbitraje o de la mediación, pues todo el mundo conoce lo de que “más vale un mal acuerdo que un buen pleito” y, sin embargo, los ciudadanos persisten en el pleito. Habrá razones que lo expliquen, pero entre ellas seguramente estará la confianza en los tribunales.

Aún más, en los tiempos actuales de crisis económica, los ciudadanos (y también algunos políticos y, menos, profesores de Derecho) han pedido a los jueces una suerte de “justicia creativa”, con el fin de que no apliquen las leyes sino que impartan justicia, como si fueran cosas diferentes. Es decir, le han pedido que se conviertan en legisladores. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a los mal llamados “desahucios” cuando se quería decir lanzamiento por ejecución hipotecaria. Y algunos jueces lo han hecho, cada uno a su modo, con la consiguiente inseguridad jurídica, proscrita constitucionalmente. Así, por ejemplo, ante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cierta cláusula abusiva. En todo caso, si al juez se le está pidiendo que asuma ese papel, que no le corresponde, significa que alguna confianza y prestigio se le está atribuyendo. Pero no deja de ser incongruente que por un lado se disminuyan sus facultades jurisdiccionales y por otro se le atribuyan otras más bien de carácter legislativo.

Si a lo anterior añadimos algunos ingredientes más como el papel de los llamados “jueces estrella”, la “politización” del Consejo General del Poder Judicial (como si pudiera dejar de ser un órgano político), la “judicialización de la política” y la “politización de la justicia”, etc. , parece que el interrogante es

pertinente. Y su pertinencia, insisto, pretende provocar una reflexión: QUO VADIS IUSTITIA?

En esta primera jornada el debate se va a centrar en algunos aspectos de la reforma del proceso penal. Nadie ignora la situación en que actualmente se encuentra, regido por una Ley de Enjuiciamiento Criminal decimonónica y que ha padecido numerosas reformas que lo han desdibujado respecto de su diseño original. El diseño primigenio comprendía una estructura procesal y orgánica, pero también unos principios y garantías. Los tiempos han cambiado de modo que muchas cosas no se contemplaban en aquella redacción primera. Pero también ha cambiado la sociedad y el Estado. Está de sobra justificada la reforma. Nadie lo duda. Pero, nuevamente la pregunta, ¿Hacia dónde? ¿Nada de la Ley vigente es bueno? ¿Todo hay que cambiarlo? El hecho de que la Ley se haya quedado antigua no significa que todo lo que en ella se contiene, por el hecho de ser antigua, deba rechazarse.

Algunas de estas cuestiones se van a plantear aquí por los ilustres ponentes de las mesas previstas en el programa de la jornada. Agradezco a todos ellos su presencia y participación. También a la Facultad de Derecho, que de diversas maneras ha apoyado la celebración de esta jornada, particularmente al Decano de la misma, Dr. Jesús Sáez González, que, por otro lado, es Profesor Titular de Derecho Procesal y, por eso, compañero en estas preocupaciones sobre la reforma de la justicia. Hago público también mi gratitud al Ayuntamiento de Cádiz, quien ha cooperado a través de la Casa de Iberoamérica. Papel estelar en esta jornada tiene la Asociación de Profesores de Derecho Procesal, “Proceso y Garantías”, que tengo el honor de presidir y de la que forman parte, entre otros, todos los profesores que intervienen en el día de hoy; y creo que puedo decir en nombre de todos los miembros que compartimos estas inquietudes sobre las reformas que se están produciendo y de otras de las que estamos avisados.

Felicito a la Directora de la Jornada, Dra. Isabel Villar Fuentes, y al Coordinador de la misma, D. Pablo García Molina, que han sido capaces de llevar esta nave hasta este puerto, y les animo para que promuevan la publicidad de las mismas mediante alguna publicación. Les animo también para que prosigan con la celebración de sucesivas jornadas que nos lleven a conocer la respuesta de tan importante pregunta que titula la de hoy QUO VADIS IUSTITIA?

I. EL MODELO DEL PROCESO PENAL

¿QUIÉN DEBE JUZGAR EN EL PROCESO PENAL?

Dr. D. JOSÉ M^a ROCA MARTÍNEZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

Mis primeras palabras son de agradecimiento y, al mismo tiempo, de felicitación a los organizadores de estas Jornadas. Agradecimiento por la invitación y felicitación por la iniciativa (casi osadía en estos tiempos de penuria). Arturo, Isabel y Pablo, gracias y enhorabuena.

Aprovecho también para expresar mi reconocimiento a todos los participantes, alumnos en su mayoría, porque sois precisamente vosotros los que posibilitáis que estemos aquí; sin vuestra presencia las Jornadas no podrían llevarse a cabo.

INTRODUCCIÓN

A la hora de analizar el Sistema Procesal Penal español, lo habitual en estos tiempos es preguntarse acerca de la instrucción; en concreto, si debemos incorporar el modelo de fiscal instructor y juez de garantías o si debemos conservar nuestro modelo de juez de instrucción. Indudablemente la cuestión es controvertida, los argumentos a favor y en contra se multiplican y la polémica entre defensores y detractores continúa alimentándose cada vez que se anuncia la tan esperada reforma de nuestro proceso penal. Buena muestra de ello es el programa de estas Jornadas. Vaya por delante, aunque no sea el objeto de mi intervención, mi absoluta defensa del JUEZ DE INSTRUCCIÓN (con mayúsculas). Hago mías, en este sentido, las

significativas palabras con las que RAMOS MÉNDEZ concluye la introducción a la undécima lectura constitucional de su Enjuiciamiento Criminal: “Por muy comercial y vendible que sea la instrucción del Ministerio Fiscal, yo quiero al juez de instrucción, ¿se enteran? Lo quiero, lo quiero” (pág. 21).

A mí, por el contrario, se me ha ocurrido plantear ¿quién debe juzgar? Mi intención es simplemente abrir una reflexión y, si acaso, un debate, sobre la atribución de la tarea de juzgar en nuestro proceso penal. Si cuestionarse quién debe instruir es importante, no debemos olvidar que la culminación del proceso penal es el enjuiciamiento y por todos es conocido que tiene lugar en el plenario.

Me toca “romper el hielo”, y ante esta responsabilidad no me resisto a hacer una consideración inicial, de carácter general: con la justicia penal: ¡¡¡MUCHO CUIDADO!!!

Cuidado por varias razones, pero fundamentalmente porque la justicia penal no es la civil y con ello quiero destacar dos aspectos:

- El penal es un ámbito socialmente mucho más sensible y cualquier cambio debe ser muy medido y meditado (sobradamente conocidos son los ejemplos de las reformas y contrarreformas de la prisión provisional o los no deseados efectos colaterales de la protección integral de la violencia de género, con ex-ministros incluidos).
- No disponemos de un modelo mayoritariamente aceptado. En el enjuiciamiento civil cuestiones como la superación de la escritura y la apuesta por la oralidad, la implantación del modelo de proceso de audiencias o la atribución de facultades de control de oficio al juez apenas fueron cuestionadas. En el enjuiciamiento penal la situación es bien distinta; no está mínimamente clara la ruta, y vuelvo a poner de ejemplo el acertado título de estas jornadas: ¿Quo vadis Iustitia?.

Al advertir del necesario cuidado no quiero dar la impresión de sugerir pasividad, todo lo contrario; abordemos la tan necesitada reforma de nuestro

Sistema Procesal Penal, pero con el debido cuidado que reclamo, en el sentido de prudencia, de análisis riguroso y estudio detallado. Alejémonos, por una vez, de ocurrentes improvisaciones preelectorales, de impulsos populistas al amparo de circunstancias coyunturales o de importaciones supuestamente exitosas pero desconocedoras de nuestra tradición. Desterremos, por tanto la IMPROVISACIÓN, el POPULISMO y el MIMETISMO que tanto daño han causado a nuestro ordenamiento.

No sé si voy a ser capaz de llegar a alguna conclusión sobre quién debe juzgar; lo que sí tengo claro es quién no debe juzgar: los medios de comunicación. No conviene olvidar sonados casos bien conocidos en esta Comunidad Autónoma como el de Rocio Wanninkhof.

Abramos, por tanto, la reflexión y el debate.

LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL. ¿NECESITA JUSTIFICACIÓN?

Justificar la necesidad de abordar una reforma integral del sistema de justicia penal no parece que sea muy difícil. Son múltiples y variadas las razones que habitualmente se utilizan para ello:

- ancianidad de la ley procesal básica (más en edad que en espíritu)
- quiebra del modelo como consecuencia de las múltiples reformas legislativas
- múltiples reformas «vía interpretación» (TC y TEDH)
- evolución social (de 1882 a 2015: casi 125 años)
- aparición de nuevas formas de delincuencia organizada, delitos en masa
- nuevos medios de investigación (avances tecnológicos)

El texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2

de marzo de 2012 comienza su exposición de motivos con el siguiente párrafo:

“Tan obvia resulta la obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que el clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal haría vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma. Solo por la necesidad de la superación de las incoherencias normativas que las numerosas modificaciones de la Ley han provocado, la redacción de un Código de Proceso Penal es hoy ineludible”.

La necesidad de reforma no se cuestiona, de acuerdo; pero ¿sabemos a dónde queremos llegar? En todo proceso de reforma lo más importante y al mismo tiempo lo verdaderamente complicado es trazar la ruta. Sin tener claro el camino a seguir, cualquier intento de reforma está condenado al fracaso. Aparte de estas dificultades técnico-jurídicas, una reforma de tal calado no puede sustraerse a los condicionantes políticos, generadores de problemas añadidos.

Tanto el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOCG, Serie A, núm. 139-1) como el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOCG, Serie A, núm. 138-1) comienzan su exposición de motivos justificando urgente necesidad a la espera de abordar la reforma integral del sistema de justicia penal:

“La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la Elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometido a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal

cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Parece que el ejecutivo no se ha atrevido a dar el paso y nuevamente se «aparca» la reforma integral y se continúa con las ya habituales reformas parciales. Aparte de las dificultades técnico-jurídicas, creo que el relevo en el Ministerio de Justicia también habrá tenido algo que ver.

MODELO ACTUAL DE ENJUICIAMIENTO (O AUSENCIA DE MODELO)

La pregunta es sencilla: ¿disponemos realmente de un modelo de enjuiciamiento en el proceso penal? La respuesta, sin embargo, no me parece tan sencilla. Cuando explico Derecho Procesal Penal en la facultad me cuesta hacer llegar a mis alumnos el esquema del proceso penal español. Las sucesivas reformas han generado tal «galimatías» que identificar un modelo de enjuiciamiento resulta prácticamente imposible.

La LECrim describe en su exposición de motivos el modelo del entonces nuevo sistema sobre la base de la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única, separando la instrucción (sumario) y la fase de decisión (plenario), atribuidas respectivamente al juez de instrucción (unipersonal) y al tribunal (audiencia, colegiada). Dicho sistema solo se veía alterado en el caso de los delitos in fraganti.

Las sucesivas reformas legislativas han ido desvirtuando el modelo, introduciendo nuevos procedimientos, tanto en la propia LECrim como en leyes independientes. El sumario de urgencia en 1967, el proceso por delitos menos graves, dolosos y flagrantes en 1980, el procedimiento abreviado en

1988, los juicios rápidos en 1992, el proceso ante el Tribunal del Jurado en 1995, el proceso penal de menores en 2000, nuevamente los juicios rápidos en 2002, el enjuiciamiento en los supuestos de violencia contra la mujer en 2004. A la vista de la situación actual, después de tantas reformas, ¿quién juzga? Un breve repaso nos lleva a considerar que casi todos los juzgados y tribunales con atribuciones en el orden jurisdiccional penal tienen la función de juzgar. Hasta la entrada en vigor de la reforma del Código Penal (LO 1/2015) el 1 de julio, el enjuiciamiento de las faltas se distribuye, en principio, entre los Juzgados de Paz y los Juzgados de Instrucción (dentro no del servicio de guardia). Los primeros son competentes para el enjuiciamiento de las faltas de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones (620 CP), excepto que se trate de personas del 173.2 CP, de deslucir bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado (626 CP), de abandono de jeringuillas (630 CP), de maltrato cruel a animales domésticos (632 CP) y de perturbación leve del orden en la audiencia de un tribunal o juzgado (633 CP); los segundos para el enjuiciamiento del resto de faltas. La LO 1/2015 elimina las faltas pero introduce los delitos leves, modificando el Libro VI que pasa a denominarse “Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves”, suprimiendo la atribución a los Juzgados de Paz. En definitiva, los ahora denominados delitos leves serán enjuiciados a partir del 1 de julio de 2015 por los Juzgados de Instrucción a través del procedimiento específicamente previsto para ello (962-977 LECrim), con carácter inmediato dentro del servicio de guardia (963.1.2º y 964.1.2.b) o dentro de las atribuciones generales (14.1 y 965.1 LECrim).

Los Juzgados de Instrucción son los competentes para dictar sentencia de conformidad en los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de delitos (87.1.b LOPJ, 14.3 y 801 LECrim).

Los Juzgados de lo Penal son los encargados del enjuiciamiento de los delitos cuya pena en abstracto no supere los 5 años. Para ello podrá seguirse el

procedimiento abreviado (757-793 LECrim) o el procedimiento para el enjuiciamiento rápido (794-803 LECrim).

Las Audiencias Provinciales tienen atribuido el enjuiciamiento de los demás delitos (pena superior a 5 años), bien a través del procedimiento abreviado (pena hasta 9 años) o a través del procedimiento ordinario (pena superior a 9 años).

En función del tipo de delito (65 LOPJ), el enjuiciamiento se atribuye a los Juzgados Centrales de lo Penal y a la sala de lo penal de la Audiencia Nacional (según los mismos criterios de distribución existentes entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales).

Como consecuencia de la legislación sobre medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004) se crean los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (87.ter LOPJ) a los que se les atribuyen especialmente funciones instructoras. No obstante, dentro de su ámbito de actuación, asumen el enjuiciamiento de las faltas de los títulos I y II del libro III del Código Penal cuando la víctima sea alguna de las persona incluidas dentro del ámbito especial de protección determinadas en el artículo 14.5.a) LECrim. A partir de julio de 2015 (14.5.d LECrim), serán competentes para el enjuiciamiento de las faltas de amenazas (171.7.2 CP), de coacciones (172.3.2 CP) y de injurias o vejaciones injustas (173.4 CP) cuando la víctima sea alguna de las personas indicadas. Por otro lado, en el enjuiciamiento rápido de delitos son competentes para dictar la sentencia de conformidad (87.ter.1.e LOPJ y 801 LECrim) en los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de delitos.

El Tribunal del Jurado se constituye habitualmente en las Audiencias Provinciales para el enjuiciamiento de los delitos incluidos en su ámbito de aplicación (1 LOTJ); en casos de aforamiento, podrá constituirse en los Tribunales Superiores de Justicia o en el Tribunal Supremo (2.2º LOTJ). En el proceso ante el Tribunal del Jurado, la eventual sentencia de conformidad corresponde dictarla al Magistrado-Presidente (50 LOTJ).

Para el enjuiciamiento de menores la competencia se atribuye a los Juzgados de Menores, aunque tratándose de los delitos comprendidos en los artículos 571-580 CP (organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo) la competencia queda reservada a los Juzgados Centrales de Menores.

A toda esta organización ha de añadirse lo dispuesto en materia de conexión (16-18 LECrim) que puede alterar las reglas, y de aforamientos que puede atribuir la competencia para el enjuiciamiento a las Audiencias Provinciales, a las salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia, a la sala de lo penal del Tribunal Supremo y a la sala especial del Tribunal Supremo (61 LOPJ).

CRITERIOS IRRENUNCIABLES A TENER EN CUENTA PARA DETERMINAR QUIÉN HA DE JUZGAR

La organización de la justicia penal en lo que refiere a quién debe juzgar se encuentra condicionada por tres circunstancias irrenunciables y, por tanto, de obligado cumplimiento: el derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley, el derecho al juez imparcial y la doble instancia.

El derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley ha sido reconocido por nuestra Constitución expresamente de manera positiva en el artículo 24.2, con reiteración en el artículo 117.3, y en su manifestación negativa por el artículo 117.6. Dado que estamos en la provincia de Cádiz, no me resisto a hacer referencia al artículo 247 de la Constitución de 1812: “Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley”.

No abundan en la doctrina definiciones sobre el derecho al juez legal; transcribo a continuación la formulada por GIMENO SENDRA: “derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus

pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas”.

Las consecuencias derivadas de este derecho constitucionalmente reconocido, en relación a la determinación del órgano que ha de juzgar en el proceso penal son las siguientes:

Regulación legal. La creación de órganos jurisdiccionales está sujeta a reserva de ley que, además, ha de tener rango de orgánica (122.1 CE). Por otro lado, la atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales ha de hacerse también por ley.

Predeterminación. En sentido positivo significa que el Tribunal encargado de enjuiciar una causa debe preexistir a los hechos; en sentido negativo excluye la posibilidad de crear Tribunales ex post facto, es decir, con posterioridad a los hechos sometidos a su enjuiciamiento.

Carácter ordinario. Los Tribunales ordinarios son los institucionalizados dentro de la organización judicial (dentro del Poder Judicial), con carácter general; lo verdaderamente relevante es su manifestación negativa que supone la prohibición de Tribunales de excepción (117.6 CE). A estas alturas deben considerarse superadas las dudas de constitucionalidad que se suscitaron respecto a la Audiencia Nacional (SSTC 199/1987, de 16 de diciembre y 56/1990, de 29 de marzo).

El juez imparcial no es un derecho fundamental expresamente reconocido en la CE, aunque así se ha reconocido a partir de su relación con el derecho a un proceso con todas las garantías. De especial importancia ha sido la STC 145/1988 que recoge la doctrina del TEDH (SSTEDH de 1 de octubre de 1982 –caso Piersak- y de 26 de octubre de 1984 – caso De Cubber-, entre otras). A riesgo de caer en una excesiva simplificación, el contenido de

la imparcialidad desde el punto de vista de la determinación del órgano que ha de juzgar en el proceso penal es una manifestación de su vertiente objetiva que “se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso” (STC 156/2007, de 2 de julio). En otras palabras, exige evitar cualquier contaminación del juez decisor y, por consiguiente, absoluta separación entre las funciones de instruir y fallar.

La doctrina del TEDH y del TC en relación a la imparcialidad objetiva se puede resumir en los siguientes términos: 1) Se articula como causa de abstención (219.11 LOPJ); 2) no tiene carácter absoluto, sino que se analiza en relación a cada caso concreto (“haber participado en la instrucción”); 3) requiere que el Juzgador haya exteriorizado previamente un juicio de culpabilidad (medidas cautelares, procesamiento, inculpación –STC 310/2000, de 18 de diciembre-); 4) se considera que no afectan a la imparcialidad y, por tanto, no son causa de abstención: los actos de iniciación como la admisión a trámite de la denuncia o la querrela, o la apertura de diligencias previas o sumario, los actos complementarios sin naturaleza instructora como la solicitud de antecedentes penales o las averiguaciones patrimoniales, la intervención en resoluciones meramente procesales o cuando se actúa en el ejercicio de la competencia funcional; 5) en todo caso es necesario un análisis individualizado (SSTC 11/2000, 52/2001, 69/2001, 39/2004; SSTEDH de 24/5/89, caso Hauschildt c. Dinamarca; de 24/3/93, caso Fey c. Austria; de 28/10/97, caso Castillo Algar c. España; de 15/11/01, caso Werner c. Polonia; de 25/7/02, caso Perote Pellón c. España). En palabras del TC, es precisa la abstención: «si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy

cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo» (STC 39/2004).

A partir de la doctrina que resumidamente se ha expuesto se puede concluir el control sobre la imparcialidad judicial en el proceso penal se realiza caso a caso, en función de las concretas actuaciones del Juzgador, de ahí la dificultad a la hora de obtener pronunciamientos de carácter general acerca de la posible inconstitucionalidad de una norma que conecte la instrucción y la decisión (ejemplo de ello es la STC 60/1995, de 17 de marzo, en relación al proceso penal de menores).

La doble instancia está generalizada en nuestro sistema procesal penal a través del recurso de apelación; sin embargo, el proceso ordinario por delitos no contempla la apelación, siendo únicamente posible contra la sentencia el recurso de casación. En este sentido, la línea de futuro trazada por el legislador se dirige a la articulación de la apelación también en esos supuestos, atribuyendo su conocimiento a las salas de lo civil y penal de los TSJ y a la sala de apelación de la AN.

Una última consideración en relación a las exigencias constitucionales viene referida a la atribución exclusiva de la potestad jurisdiccional a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial. ¿Conlleva dicha previsión la necesidad de que se trate de jueces de carrera? El problema no se plantea con la participación popular en la Administración de Justicia, ya que está prevista expresamente en la propia constitución (125 CE). Sin embargo, sí creo que la atribución actual a los Juzgados de Paz del enjuiciamiento de determinadas faltas debería ser revisada. En este sentido, la reciente reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo ha resuelto el problema al eliminar la competencia de los Juzgados de Paz para el enjuiciamiento de los delitos leves.

POSIBLES CONTRADICCIONES DEL MODELO ACTUAL CON LOS CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES

Vistos los anteriores condicionantes y en consideración a su carácter irrenunciable, ¿es respetuoso el modelo actual con tales exigencias?

De los distintos condicionantes analizados, considero que la exigencia de imparcialidad objetiva puede verse cuestionada en orden al órgano al que se atribuye el enjuiciamiento en nuestro proceso penal al menos en tres supuestos: el enjuiciamiento de las faltas, las sentencias de conformidad en los juicios rápidos y el proceso de menores.

Respecto al enjuiciamiento de las faltas, interesa destacar que al momento de redactar estas líneas está pendiente la entrada en vigor, prevista para el 1 de julio, de la modificación operada por la LO 1/2015, de 31 de marzo que sustituye el anterior “Juicio de faltas” por el “Juicio sobre delitos leves”. Las consideraciones que la doctrina procesal ha venido haciendo sobre el juicio de faltas han de tenerse presente, con más razón si cabe, al analizar «nuevo» juicio sobre delitos leves. Y digo «nuevo» porque en modo alguno supone novedad, sino que se limita a mínimos retoques (indicación de circunstancias que faciliten las comunicaciones, sobreseimiento bajo criterios de oportunidad) que en modo alguno afectan a su estructura; en definitiva, puede decirse que los delitos leves se van a juzgar como se venía haciendo con las faltas. Hemos de reiterar, con la doctrina procesal más autorizada, las cautelas acerca de la constitucionalidad de este modelo de enjuiciamiento en tanto puede verse comprometida la imparcialidad objetiva (por todos, CALVO SÁNCHEZ en diversos trabajos sobre la imparcialidad y sobre las causas de recusación y, en especial en “El nuevo juicio de faltas regulado por ley 38/2002, de reforma parcial de la ley de enjuiciamiento criminal”, *La Ley*, 2002-7 y “El nuevo juicio de faltas regulado: por Ley 38/2002 de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 28 de octubre)”, *Revista galega de administración pública*, 2003-34). La celeridad que

caracteriza el enjuiciamiento de las infracciones penales de menor entidad (llámense faltas, llámense delitos leves) no puede defenderse a ultranza a costa de sacrificar la imparcialidad judicial. Es posible que en muchos casos por la escasa complejidad de la infracción no sea necesaria actividad preparatoria (instrucción) y que con la investigación policial (a veces reducidas a una simple toma de declaración) sea suficiente para el enjuiciamiento; pero también es posible que la infracción presente cierta complejidad y que, por tanto, sea necesario llevar a cabo algún tipo de investigación más allá de la policial. ¿Comprometerá esa investigación la imparcialidad judicial? Los órganos afectados son los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en función de la distribución que realiza el artículo 14 LECrim.

La conformidad del acusado en los denominados juicios rápidos también puede afectar a la imparcialidad judicial, en la medida en que la sentencia ha de ser dictada por el mismo órgano jurisdiccional que ha intervenido en la instrucción. La cobertura legal se encuentra en los artículos 87.1.b y 87.ter.1.e LOPJ y su desarrollo en el artículo 801 LECrim. La imparcialidad judicial vuelve a verse comprometida al resultar fusionadas las funciones instructoras y sentenciadoras en un mismo órgano (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), volviendo a verse afectados los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Ambos pueden ser los responsables de la instrucción según su respectivo ámbito competencia (14 LECrim), siendo, al mismo tiempo, los responsables del control sobre la conformidad prestada (801, en relación al 787 LECrim); de cómo entendamos ese control dependerá la respuesta a la posible inconstitucionalidad del artículo 801 LECrim, a simple vista evidente (IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA). Quien ha llevado la instrucción (actuaciones previstas en los artículos 797, 797.bis y 798 LECrim) debe también controlar la sentencia de conformidad. Dentro de la instrucción, su actuación puede extenderse a recibir declaración al imputado informándole de sus derechos y de las razones de su detención, recabar sus antecedentes

penales, tomar conocimiento o recabar los informes periciales que estime precisos, recibir declaración a los testigos, practicar los reconocimientos en rueda precisos y, en general, practicar cualesquiera diligencias de investigación; en cuanto al control, se extiende a la descripción de los hechos, su calificación y la procedencia de la pena (801, en relación con 787 LECrim). ¿Puede considerarse que quién realiza este control no está «contaminado» si antes a intervenido directamente en las diligencias de investigación relacionadas?

El tercer supuesto antes anunciado es que la imparcialidad puede verse comprometida es el proceso penal de menores. En este caso nos encontramos con una auténtica quiebra del modelo de enjuiciamiento penal al atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal. El Juez de Menores se convierte en juez de garantías, manteniendo también la función de enjuiciar (2 y 38 LO 5/2000); a la vista de sus atribuciones de nuevo hemos de analizar si la imparcialidad se ve comprometida. Resume GIMENO SENDRA la actuación del Juez de Menores de la siguiente manera: “al Juez de Menores le compete, dentro de la instrucción, adoptar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales (internamiento, entrada y registro, intervención de las comunicaciones y secreto), actos procesales todos ellos con respecto a los cuales, por imperativo constitucional, le corresponde a los Jueces, no sólo ostentar la última, sino también la «primera palabra». Asimismo, le corresponde intervenir los actos de prueba sumarial anticipada o preconstituida, prevenir y erradicar las dilaciones en la instrucción, decidir sobre la apertura del juicio y controlar, en general, la actividad instructora efectuada por el MF”. ¿Es posible defender que todo ello puede hacerse sin prejuizar? La doctrina que antes hemos visto del TEDH y del TC parece conducir a la solución contraria, sin embargo, el propio TC se ha inclinado por la constitucionalidad en la STC 60/1995, de 17 de marzo.

El asunto tuvo su origen en varias cuestiones de inconstitucionalidad que se tramitaron acumuladamente y que en síntesis del propio TC tenían por

objeto la determinación de si el Juez de Menores que adopta resoluciones limitativas de los derechos fundamentales y que practica la comparecencia previa a la audiencia puede además conocer de la fase de enjuiciamiento y de decisión. El TC entiende que ninguna de esas actuaciones compromete la imparcialidad. Respecto a las medidas limitativas de derechos fundamentales porque tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales; respecto a la comparecencia previa a la audiencia porque su naturaleza jurídica es la propia de la denominada «fase intermedia» del proceso penal .../... doctrinalmente enmarcada dentro de la fase de juicio oral .../... (y) no puede existir asunción simultánea de funciones instructoras y enjuiciadoras allí donde, por haberse concluido ya la instrucción, tan sólo las hay de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia y la de su efectiva realización. Parece que para el TC el Juez de Menores puede adoptar medidas limitativas de derechos sin valorar la procedencia de las mismas, es decir, de manera automática porque lo solicita el MF.

Nos encontramos, pues, con una serie de supuestos en los que la imparcialidad del juez responsable de la decisión está, al menos, cuestionada. En cada uno de los tres casos analizados la justificación es distinta. En el enjuiciamiento de las faltas y, desde julio serán los delitos leves, la argumentación es la siguiente: en atención a la escasa entidad de la infracción, se presume la sencillez o escasa complejidad de su enjuiciamiento y se pretende extremar la celeridad a través (entre otras medidas) de la potenciación de la concentración a partir de la cual se considera que no es necesaria una auténtica fase de instrucción. Es posible que ello sea así con cierta frecuencia, y que la inmediatez favorezca el enjuiciamiento, pero lo que no sé si es adecuado es elevar a regla general lo que no deja de ser una simple expectativa, por mucho que en la realidad práctica sea más o menos

numerosa. Considerar que la complejidad de la investigación y del enjuiciamiento va unida a la gravedad de la infracción me parece que es más una artificiosa argumentación que, en mi opinión, encubre una realidad bien distinta. Creo, sinceramente, que el legislador entiende que no merece la pena dedicar los escasos medios al enjuiciamiento de infracciones menores, aunque ello sea a costa de sacrificar algunas de las garantías necesarias para ello, como es la imparcialidad judicial.

En el caso de la sentencia de conformidad en los juicios rápidos, la justificación se basa en la gravedad menor de la infracción (ámbito objetivo de la conformidad, artículo 801.1.2º LECrim) y en los que podríamos denominar «justicia terapéutica», consistente en la reducción de la pena solicitada en un tercio y en la posibilidad de resolver en la misma resolución sobre su suspensión o sustitución con el compromiso del condenado de satisfacer las responsabilidades civiles y de obtener la certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que se deshabitado o en tratamiento (801.3 LECrim). El éxito de esta conformidad es notable; en el año 2013, de un total de 206.649 diligencias urgentes, terminaron con conformidad 101.456, lo que supone el 49.1% (fuente: La Justicia dato a dato, 2013).

El proceso penal de menores se caracteriza por estar basado en la protección del interés superior del menor. Como instrumento para ello se introduce el principio de oportunidad, pero articula una redefinición de funciones entre el fiscal y el juez, convirtiendo a aquél en director de la instrucción y a éste en juez de garantías. Tratar de justificar la introducción de este nuevo modelo a través de su adecuación al interés superior del menor no deja de ser otro artificio que nuevamente oculta las verdaderas razones que no son otras que avanzar una experiencia práctica en la línea de posibles reformas futuras. Es absolutamente legítimo decantarse por un determinado modelo de

instrucción, pero considero que ello no puede apoyarse en su mayor o menor virtud para preservar el interés superior del menor.

A la vista de lo expuesto hasta aquí, me interesa destacar en este momento la importancia que la defensa jurídica cobra a la hora de preservar la imparcialidad judicial, ya que ante el riesgo más que posible de contaminación del órgano encargado de la fase decisora, el único instrumento de control es plantear su recusación.

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD (LEGALIDAD ORDINARIA) PARA DETERMINAR EL ÓRGANO QUE HA DE JUZGAR EN EL PROCESO PENAL

Una vez sentados los principios considerados irrenunciables, la determinación del órgano que ha de juzgar en el proceso penal obedece a criterios de oportunidad o legalidad ordinaria que son manifestación de las diversas opciones de política legislativa. En ocasiones, las opciones elegidas no responden a una reflexión seria y sosegada, basada en criterios jurídicos, sino que se ampara en simples estudios estadísticos a los que, lamentablemente, se les atribuye más importancia de la que realmente tienen.

Los criterios utilizados con carácter general para atribuir el enjuiciamiento en el proceso penal son: la tipología delictiva y su gravedad, las circunstancias que rodean su comisión, su mayor o menor complejidad, la especial relación del posible autor y la víctima y el sujeto encausado. A su vez estos criterios pueden combinarse entre sí, como de hecho se hace en el ámbito de la protección integral de la violencia sobre la mujer, pudiendo también verse alterados por criterios exclusivamente procesales como son las reglas de conexión.

El tipo de infracción, falta o delito, se utiliza para distribuir la competencia objetiva entre los Juzgados de Paz y los de Instrucción. El contenido procesal de la reforma de la LO 1/2015 no se limita a sustituir la

rúbrica del Libro VI (juicio de faltas por juicio sobre delitos leves), sino que se elimina la competencia de los Juzgados de Paz para el enjuiciamiento penal. Para la nueva categoría de delitos leves (en sustitución de la mayoría de las faltas) se mantiene el enjuiciamiento por los Juzgados de Instrucción, ahora ya de manera exclusiva.

La gravedad de la pena aplicable en abstracto se utiliza para distribuir la competencia entre los Juzgados de lo Penal (hasta 5 años de privación de libertad) y las Audiencias Provinciales (a partir de los 5 años de privación de libertad). Este mismo criterio, en combinación con la tipología delictiva (el concreto delito) sirve para distribuir la competencia de los Juzgados Centrales de lo Penal y de la Audiencia Nacional, conforme a la enumeración del artículo 65 LOPJ.

También el concreto delito determina el ámbito de aplicación de la Ley del Jurado y, por tanto, los supuestos en que el enjuiciamiento corresponde a su Tribunal (1 LOTJ) que, con carácter general se constituye en las Audiencias Provinciales, y que, excepcionalmente en casos de aforamiento, puede constituirse en los Tribunales Superiores de Justicia o en el Tribunal Supremo (2.2º LOTJ).

La relación entre al posible autor y la víctima se utiliza para delimitar el ámbito de protección integral contra la violencia de género; aunque la especialización de los Juzgados de Violencia contra la mujer viene referida a la instrucción, también asumen el enjuiciamiento en determinados supuestos. En este sentido, son competentes para el conocimiento y fallo relación a los delitos leves de amenazas (171.7.2º CP), coacciones (172.3.2 CP) e injurias y vejaciones injustas (173.4 CP) cuando se cometan contra la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de

hecho de la esposa o conviviente (14.5.a LECrim). Por otro lado, también asumen la posibilidad de dictar la sentencia de conformidad en los juicios rápidos. En esta materia, aparte de la especialización de carácter general que permite el artículo 98 LOPJ, específicamente se prevé para los Juzgados de lo Penal (89.bis.2 LOPJ) y para las Audiencias Provinciales (82.1.3º LOPJ).

La tipología delictiva (795 1.2º LECrim) en relación a las circunstancias de su comisión (795.1.1º LECrim) y a su presumible sencillez instructora (795.1.3º LECrim) determinan la tramitación como juicio rápido, dando lugar a la posibilidad de que en los supuestos de conformidad la sentencia sea dictada por el Juzgado de Instrucción (801 LECrim y 87.1.b LOPJ).

Por último, el criterio del sujeto encausado también se utiliza para determinar el órgano competente para el enjuiciamiento respecto a los menores y a los aforados. Los Juzgados de Menores son los encargados del conocimiento de los hechos tipificados como delito o falta cometidos por los mayores de catorce años y menores de dieciocho (1 y 2 LO 5/2000). Este criterio se completa con la tipología delictiva para atribuir al Juzgado Central de Menores el conocimiento de determinados delitos (571 a 580 CP). El sujeto encausado o más bien el cargo que ocupa o la función que desempeña, alteran las reglas generales de competencia, atribuyendo el enjuiciamiento *ratione personae*. En este sentido, las Audiencias Provinciales son competentes para el conocimiento y fallo de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado; las salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocen de las causas por delito que les reserven los respectivos Estatutos de Autonomía, así como de las que se sigan contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma (siempre que no corresponda al Tribunal Supremo); la sala segunda del Tribunal Supremo conoce de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra determinados altos cargos (57.1.2º LOPJ); la sala especial del

Tribunal Supremo (61 LOPJ) del enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayoría de los Magistrados de una Sala.

REFLEXIONES FINALES

Necesidad de simplificación. La simplificación se presenta, en mi opinión, como una absoluta necesidad. El enjuiciamiento es el momento culminante del proceso penal y no tiene sentido la pluralidad existente en relación a la determinación del órgano jurisdiccional encargado de ello. La posibilidad teórica de simplificación no me parece que presente excesivos problemas, pero se necesita voluntad política para ello.

Respeto a los condicionantes irrenunciables. Algunos de los condicionantes considerados irrenunciables no son respetados, por lo que es preciso revisar los casos en que la atribución de funciones de enjuiciamiento a determinados órganos puede contrariar los mismos.

Definición del modelo. La Ley de Enjuiciamiento Civil, a pesar de sus múltiples reformas, sigue siendo clara en cuanto al modelo de instrucción; en la actualidad, sin embargo, cada vez con más insistencia se propone un cambio de sistema, volviendo la mirada hacia el Ministerio Fiscal. Las reformas futuras deben abordarse teniendo clara la ruta; es imprescindible fijar con carácter previo el modelo de enjuiciamiento elegido.

Consolidación de la doble instancia. Introducción del recurso de apelación en el sumario ordinario, atribuyendo competencia funcional a las salas de lo civil y penal de los TSJ y a la sala de apelación de la AN.

Supresión del enjuiciamiento por los Juzgados de Paz. Así se ha hecho en la LO 1/2015.

Revisión de las funciones del Juez de Menores. Las decisiones que puede adoptar el Juez de Menores dejan en entredicho su imparcialidad objetiva para el enjuiciamiento.

Unificación de procedimiento y competencia. Siendo la gravedad de la pena a imponer uno de los criterios para determinar el procedimiento adecuado y para determinar el órgano encargado del enjuiciamiento, quizá sea conveniente unificar ambos.

Eliminar algunas disfunciones derivadas de tipos agravados. Hay supuestos en que un tipo básico se castiga con una pena no superior a 5 años y el tipo agravado se castiga con pena superior, atribuyéndose por ello su enjuiciamiento a órganos jurisdiccionales distintos (estafa agravada, 250 CP, apropiación indebida, 252 CP, detenciones ilegales, 163 CP, amenazas, 169 CP).

Revisar la excesiva flexibilidad con que se regula la conexión en la reforma en trámite. El enjuiciamiento conjunto de varios delitos en razón a su conexidad facilita la investigación y el enjuiciamiento y evita sentencias contradictorias; no obstante, puede hacer surgir macro-procesos que por su complejidad habitualmente dilatan la tramitación. La reforma de la LECrim actualmente en tramitación (A 138, 20 de marzo de 2015) es, quizá, imprecisa y demasiado flexible, hasta el punto que podría incidir en el derecho al juez predeterminado.

Revisión de la conformidad en los juicios rápidos. Plantea el problema de la separación entre las funciones de instruir y fallar, ya que la sentencia, aunque no supone auténtico enjuiciamiento, necesariamente incluye el control de los requisitos de la conformidad.

INSTRUCCIÓN FISCAL VS. JUDICIAL

D. FRANCISCO JAVIER GRACIA SANZ
Magistrado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz

Cuando se plantea en términos excluyentes y categóricos la disyuntiva sobre quién debe llevar el peso de la instrucción en el proceso penal, tal planteamiento de inicio llevará inevitablemente al fracaso más absoluto o conclusiones equivocadas.

En cualquier caso, no es una cuestión nueva, ni mucho menos. De hecho se planteó por primera vez en el famoso pacto de Estado para la reforma de la justicia suscrito por los principales partidos políticos a partir de las propuestas del CGPJ de Julio de 2000 y su puesta en ejecución con la creación de una Comisión Especial para la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en abril de 2001.

En su discurso de apertura del año judicial 2000-2001, el Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ planteó las Propuestas de Reforma de la Justicia, aprobadas en sendos Plenos por el CGPJ en Julio de 2000. Y, por lo que se refiere al ámbito penal, tras sugerir la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse agotadas las posibilidades de reforma parcial de la vigente, en cuyos trabajos debía tenerse en cuenta las reformas procesales llevadas a cabo en otros órdenes y en el procedimiento sobre responsabilidad penal de los menores, se proponía, en concreto, la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal. Y se señalaba como condición imprescindible para ello la dotación de los medios personales y materiales necesarios, así como configurar un nuevo estatuto del FGE, con determinación precisa de las causas de su cese y del procedimiento a seguir en

tal supuesto. Esto último se comprende sobremanera si examinamos el art. 31 del actual Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal , que regula las causas de cese del Fiscal General del Estado entre las que se encuentra el cese, siempre por el Consejo de Ministros, el mismo que lo nombra, en caso de incumplimiento grave o reiterado de sus funciones. Lo que se entiende por grave o reiterado está sujeto a un amplio margen de discrecionalidad. También entre las propuestas vinculadas a la instrucción fiscal, se preveía la posibilidad de que el imputado y resto de las partes personadas, accedieran a las actuaciones, con las cautelas correspondientes, a fin de solicitar la práctica de las diligencias que consideren y a informarse de los documentos y demás material probatorio que se recoja sin perjuicio del carácter necesariamente reservado de toda investigación compleja en sus primeros compases inherente a su eficacia, al modo de lo que hoy se conoce como el secreto judicial del sumario. Y se hablaba de la figura de un Juez de Garantías -figura novedosa, cuya creación se propone- para el control jurisdiccional de la instrucción y, en particular, de la adopción de las medidas limitativas de derechos fundamentales.

Así mismo, se proponía la regulación del principio de oportunidad reglada, en relación con las infracciones menos graves, siempre que se aprecie la falta de peligrosidad del denunciado, pudiendo desistirse de la incoación del proceso penal, con consentimiento informado y libre del denunciante o previa su audiencia, y siempre previa la reparación del daño.

En el Pacto de Reforma para la Justicia de 28 de mayo de 2001 solo se preveía actualizar el Estatuto y Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal y aumentar sus recursos humanos y medios materiales. Pero en lo demás , y sobre todo en lo funcional, se remitía a la futura nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo compromiso de elaboración , que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales, se establecía con tanta

vehemencia como sorpresa produce ahora el que aún no haya visto la luz ese código procesal penal, catorce años después.

Pero ya se pergeñaban, en cualquier caso, en dichas propuestas algunas ventajas e inconvenientes de atribuir la instrucción al Fiscal.

Abundando en el relativismo de la cuestión, pues lo determinante es el cómo y no tanto el quien, esto es, que el sistema sea garantista, eficaz y coherente en su regulación, independientemente de la autoridad que dirija la instrucción, si acudimos al Derecho Comparado lo que fundamentalmente prevalece, en nuestro entorno cultural más inmediato, es una especie de sistema mixto como se comprobará seguidamente, que excluye posiciones dogmáticas.

En efecto, lo determinante es que, sea cual sea el modelo, esté garantizado uno de los principios básicos de todo proceso en cualquiera de sus fases, el de contradicción, que atribuye un rol decisivo a las partes y, en consecuencia, a la necesidad de asegurar el respeto a las garantías y derechos fundamentales de la persona. Y es que, y esta idea es fundamental, aunque se adopte un sistema frenéticamente decidido por la Instrucción del Fiscal, siempre habrá una línea roja vedada al mismo y competencia exclusiva del Juez, pues solo un juez puede garantizar, por obvias razones, la equidistancia, igualdad de armas y contradicción procesal y es el garante natural de los derechos fundamentales y preservación de la validez de las pruebas en su obtención y ello es así porque reúne constitucionalmente las notas de independencia, inamovilidad y sometimiento al imperio de la Ley conforme el art. 117 de la Constitución.

Volviendo al Derecho Comparado, comprobamos que en Italia o Alemania, la policía ha de informar y entregar sus investigaciones al Fiscal y los poderes del Fiscal son notables ya que puede ordenar a su presencia la comparecencia forzosa del inculcado o de testigos, practicar interrogatorios, disponer la detención o la prolongación de la policial, e incluso ordenar

interceptaciones telefónicas, con el único requisito de comunicarlo al Juez en las 72 horas siguientes (Alemania) o dentro de las veinticuatro horas (Italia), a fin de que se convalide la medida.

Italia es un caso particular pues el Fiscal General es nombrado ad hoc por el Consejo Superior de la Magistratura y el Ministerio Público goza de un status de magistrado y actúa con verdadera autonomía respecto del poder político. Y ello a pesar de que se ha reforzado la dependencia jerárquica dentro de cada Fiscalía, donde se integran los Fiscales agregados, de quien haría las veces de Fiscal Jefe, el Procurador de la República afecto a cada tribunal (art. 2.4 de la L. 150/2005, de 25 de julio). La equiparación de status entre Magistrados y Fiscales, permite, además, disipar cualquier sombra de parcialidad o falta de independencia ya que en Italia existe una única carrera dependiente del Consejo Superior de la Magistratura, de la que el Fiscal General de la República -quien reparte a los Magistrados entre las funciones de Juez o Fiscal- es miembro nato. El modelo italiano concentra en el Fiscal instructor la persecución penal de todos los delitos, gozando de amplias facultades y teniendo que solicitar del Juez de diligencias preliminares el archivo del expediente cuando no concurren los presupuestos fácticos o jurídicos necesarios para instar la apertura del juicio. Y prevé la posibilidad de que el Fiscal realice actos de investigación que afecten a derechos fundamentales, controlables por el Juez de investigaciones preliminares.

Por otro lado, es destacable el papel que juega el principio de oportunidad -así en Alemania- que permite a la Fiscalía optar por el sobreseimiento - ratificado por el Tribunal- en los casos de infracciones menores o cuando se dan otras satisfacciones no punitivas o la pena se entendiera innecesaria por habersele impuesto al acusado otras, por diferentes hechos.

En Alemania, por el contrario de Italia, existe una rígida dependencia jerárquica de la Fiscalía, cuyo superior máximo es el Ministro de Justicia

Federal. A destacar que el Fiscal alemán, tras la denuncia -de la policía, normalmente- inicia una somera instrucción preparatoria, archiva el caso o redacta un acta provisional de acusación, y tras las correspondientes diligencias, que incluyen la posible detención provisional del encartado, la exploración corporal del investigado, el secuestro de efectos o registros domiciliarios y el control de las comunicaciones, prepara la acusación o sobresee la causa.

En los Países bajos, la fiscalía tiene el monopolio para decidir proceder judicialmente contra una persona. Por otro lado, el Ministerio Público tiene la facultad -principio de oportunidad- de decidir si "por razones de interés general", no procede judicialmente contra una persona concreta.

En Francia la instrucción penal a cargo del Juez es obligatoria para los crímenes, facultativa en los delitos y excepcional en las contravenciones. El Juez instructor francés no actúa de oficio sino cuando ejercita la acción penal el Fiscal o la víctima, que se constituya en parte civil, ante la inacción de aquél.

En Portugal existen dos fases diferenciadas, el inquérito a cargo del Fiscal con la Policía, y la instrução, propiamente dicha, de la que se encarga el Juez, quien además autoriza los actos que afecten a los derechos fundamentales. Sin embargo, la intervención del Juez sólo se produce si la decisión del Fiscal de acusar o archivar se recurre. En ese caso el Juez puede decidir la práctica de nuevas diligencias probatorias. Por ello, mientras el inquérito es obligatorio, la instrucción es eventual. En todo caso, el control del inquérito por el Juez, es permanente.

Dicho lo anterior, es conveniente partir del concepto de la instrucción si queremos definir correctamente qué supone un sistema verdadero de instrucción por el Fiscal.

El proceso penal es muy distinto al resto de los procesos del resto de las jurisdicciones porque el proceso penal tiene varias fases muy claras y muy determinadas: tenemos la fase de instrucción propiamente dicha, la fase

intermedia o de preparación del juicio, la fase de enjuiciamiento y decisoria, y luego la fase de ejecución.

Antes del juicio ya hay una fase intermedia, preparatoria de aquél desde la perspectiva de determinación preliminar del objeto del proceso, y antes de ésta una fase de instrucción. Entonces qué es la instrucción. La instrucción desde mi punto de vista se puede definir, siguiendo aquí muy atentamente el trabajo de mi compañero de carrera José Haro Coromina y que cito en el apartado de bibliografía, como la primera fase del proceso penal encaminada a la averiguación del delito y consta de dos elementos fundamentales. Un primer elemento que se basa simplemente en el acopio de datos fácticos, es lo que se llama la investigación, por así decirlo. Y luego está propiamente la instrucción que sería o que incluiría una valoración jurídica, una valoración jurídica de esos elementos, de esos elementos fácticos que tienen por objeto la determinación del delito, la averiguación de que se ha producido o no un delito. Entonces lo importante no es tanto si instruye el fiscal o instruye el juez porque en ambos casos, si está bien construido el sistema, las garantías fundamentales, los derechos fundamentales y sobre todo el principio de contradicción que es la base esencial de todo proceso, incluyendo el proceso penal en cualquiera de sus fases, es decir, que las partes pueden intervenir en igualdad de armas en el procedimiento o en el proceso velando por sus derechos fundamentales, está garantizado tanto en un sistema de instrucción fiscal como en un sistema de instrucción judicial pues aunque instruya el fiscal siempre va a haber una intervención por parte del juez, único que actúa con verdadera independencia e inamovilidad, que son garantías absolutamente irrenunciables recogidas en la Constitución. Si un juez no es independiente e inamovible no es juez. Ciertamente, muchos autores consideran que no es posible un sistema de instrucción fiscal sin una progresiva degeneración de las acusaciones popular y particular hasta su práctica extinción, desapareciendo un importante factor de corrección de las desviaciones del

Ministerio Fiscal, quien de facto acabaría asumiendo el ejercicio de la acusación en régimen de monopolio. De hecho, por ejemplo en Alemania, la intervención de la acusación particular está limitada únicamente a la diligencias acordadas por el Juez. Pero no considero que el ejercicio de la acusación particular, garantizado en el art. 125 de la CE, sea incompatible con un sistema de instrucción fiscal, sin necesidad de que tenga que quedar su intervención limitada a los supuestos de actuación judicial por sustitución que hemos visto en el Derecho Comparado (cuando el fiscal opta por el archivo).

Entonces, si tenemos un juez de garantías que se encargue de velar por los derechos fundamentales y de actuar una vez que se ha desarrollado la fase de investigación por parte del fiscal entonces las garantías están aseguradas, es decir, que aunque se adopte un sistema de instrucción fiscal siempre le va a corresponder al llamado juez de garantías las siguientes funciones: en primer lugar determinar si se va o no a juicio, es decir, si existen elementos suficientes para juzgar a una persona o indicios racionales de criminalidad, valoración jurídica sobre datos fácticos investigados previamente por el fiscal; en segundo lugar, la adopción de medidas cautelares, valoración jurídica para asegurar la futura sentencia condenatoria: embargo de bienes, prisión preventiva, fianzas, esto es, medidas tanto personales como reales, aseguramiento de la persona y de las responsabilidades pecuniarias. En tercer lugar la admisión de medios de prueba, es decir, el fiscal puede decidir en fase de investigación que no se practica determinada diligencia pero lógicamente se tienen que arbitrar los mecanismos adecuados para que en una vista o en comparecencia ad hoc con el resto de partes, es decir, tanto la defensa como la acusación particular o la acción popular en el caso de que se trate de bienes jurídicos difusos o aunque no lo sean, lógicamente si consideran que se han omitido determinados elementos probatorios, el juez pueda obligar al fiscal a practicar esas diligencias y a investigar o a incrementar la investigación de los

hechos y por supuesto también en el caso contrario y por supuesto velar por la pureza de la obtención de esos medios de prueba, es decir, que se hayan obtenido sin violentar derechos fundamentales. Eso siempre lo va a hacer el juez, eso nunca lo va a hacer el fiscal. Y en cuarto lugar, la autorización de medios de investigación que afecten a derechos fundamentales que debe corresponder siempre al juez, ex ante o mediante un control posterior, según los casos.

Preservado lo anterior, es perfectamente escindible la fase de investigación de la fase de instrucción. La fase de instrucción entra cuando interviene realmente el juez de garantías en ese hipotético sistema de instrucción fiscal.

Y desde luego, la mejor forma de hacer inoperativo el hipotético sistema de instrucción fiscal es permitir recurrir cualquier decisión por parte del fiscal ante el Juez durante la investigación, pues entonces no conseguimos las ventajas que tiene el sistema de instrucción fiscal sino reduplicar absurdamente el trabajo y generar un clima de desconfianza en la actuación investigadora del fiscal. Esos hipotéticos recursos habría que remitirlos a una fase posterior en la cual en una vista preliminar por así decirlo, el juez ya con intervención de la acusación particular, de la acción popular, de la defensa, pueda efectuar todo ese filtro depurador de lo que se ha ido investigando por parte del fiscal.

Pergeñado el hipotético sistema de instrucción fiscal, hablemos de sus ventajas.

Es verdad que el fiscal está sujeto al principio de dependencia jerárquica y unidad de actuación. El fiscal es único en todo el Estado. Pero también lo es que en tributo a esos principios de actuación, el Fiscal General del Estado puede asignar un caso concreto a un fiscal, quitarlo de un caso, etc. Ello puede, en algunos casos señalados, en términos hipotéticos, levantar sospecha de parcialidad o de injerencia del poder ejecutivo. La actuación por parte de la

acusación particular y por parte de la acción popular lógicamente palían en algo estos inconvenientes.

Es indudable la mayor flexibilidad que tiene la Fiscalía para investigar los grandes delitos o la codevincencia compleja o derivada de las nuevas tecnologías, en definitiva, la delincuencia conexa donde hay grupos de criminalidad o elementos criminales organizados por no decir elementos terroristas. La Fiscalía tiene la gran ventaja de que al ser Fiscal único, es decir, con unidad de actuación y dependencia jerárquica, puede propiciar la creación sin especiales escollos de Fiscalías con ámbito de competencia nacional especializadas, como la fiscalía antidroga o la fiscalía anticorrupción, que pueden actuar en todo el territorio nacional y que son distintas de la fiscalía de la Audiencia Nacional. El Fiscal General del Estado puede asignar para la investigación de un caso a un fiscal que esté especialmente preparado para llevarlo. Pero no solamente uno sino cuatro, cinco u ocho fiscales investigando un caso que de verdad sea un caso complejo. En el lado de los jueces de instrucción, con el actual sistema, a excepción de los juzgados de instrucción de las grandes capitales como Sevilla, Madrid, Barcelona, etc., donde sí hay juzgados únicos de instrucción, la inmensa mayoría de los jueces de instrucción son jueces de primera instancia e instrucción, de forma que tienen junto a una primera instancia muy compleja, la dedicación a una instrucción penal, con el resultado de unificar en un solo órgano judicial dos órdenes jurisdiccionales distintos lo que no parece muy conveniente en un mundo como el nuestro en que se tiende a la especialización en todos los ámbitos pues es prácticamente imposible alcanzar un conocimiento depurado y especializado en multitud de materias que van surgiendo, lo que evidencia lo desfasada que está la planta orgánica actual basada en partidos judiciales atomizados. El partido judicial surgió en una Ley de Enjuiciamiento Criminal efectivamente decimonónica. No es comprensible que en pleno siglo XXI no se haya generalizado en el territorio nacional la figura del Juez de

Instrucción provincial y que los únicos juzgados especializados en materia de instrucción, aparte de los juzgados de menores, que tienen distinto cariz, sean los juzgados de violencia sobre la mujer y los juzgados centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional. Los fiscales tienen mayor flexibilidad para actuar incluso aunque no existan las fiscalías especiales; basta la asignación de fiscales especializados frente al derecho, inalienable, claro está, al juez ordinario predeterminado por la Ley que supone la predeterminación legal de las reglas de competencia objetiva, territorial y funcional previa al hecho justiciable.

Se salvarían, por otra parte, muchos problemas a efectos competenciales porque las reglas de competencia territorial son complejas toda vez que los delitos son cada vez más complejos, son cada vez más plurisubjetivos, es decir, grupos organizados, conjunto de sujetos activos, y existen figuras delictivas como el grupo criminal, la asociación ilícita, habiendo obligado al Tribunal Supremo a elaborar una doctrina unificada sobre la atribución de competencia en determinados casos. Mientras que en el caso de la instrucción por parte de los fiscales esta problemática se simplifica bastante.

Y desde luego, una aplicación más eficaz del principio de oportunidad. El principio de oportunidad, entendido como abandono del ejercicio de la acción penal por parte del Estado cuando se trate de infracciones de menor gravedad siempre que concurren algunos presupuestos, por ejemplo, la reparación del daño a la víctima, , cuando no se aprecie peligrosidad criminal, y con ratificación por parte de un juez a posteriori, principio de oportunidad que evidentemente el juez, vinculado por el principio de independencia, inamovilidad y aplicación estricta de la ley, no puede aplicar por propia autoridad ni parece lógico que así sea.

En cuanto al sistema actual, desde luego y al margen de las diligencias de investigación preliminares que puede efectuar el Ministerio Fiscal, siempre con limitación temporal y subordinadas a una eventual judicialización del caso,

en cuyo supuesto han de cesar, es lo cierto que solo en la Jurisdicción de menores existe un verdadero sistema de instrucción por el Fiscal. Y los proyectos de Ley orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para fortalecimiento de las medidas de investigación tecnológica y de agilización de la justicia penal y fortalecimiento de garantías procesales actualmente en curso mantienen, desde luego, el sistema actual, del cual parten si bien que con mayor protagonismo del Ministerio Fiscal, en la línea del Derecho Comparado que se ha apuntado, pero manteniendo el actual sistema. Es de destacar en los actuales proyectos en trámite parlamentario, como novedades importantes en la materia:

1.- La previsión de que la incomunicación del detenido solicitada por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal produzca de inmediato efectos legales por un plazo de 24 horas dentro del cual el juez deberá pronunciarse sobre dicha solicitud.

2.- La preceptiva audiencia al Ministerio Fiscal previa a la adopción de la medida judicial de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas o utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imagen y registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información , entre otros.

3.- La posibilidad de dirigirse el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, cuando necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o cualquier otro medio de comunicación o precisen los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

4.- La previsión de que, en caso de urgencia, la policía Judicial o el Ministerio Fiscal puedan llevar a cabo, cuando se considere que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o parte de él, la

ampliación de un registro judicialmente autorizado de un dispositivo de almacenamiento masivo de información informando al juez inmediatamente, y en todo caso en 24 horas , quien revocará o confirmará dicha ampliación del registro en las siguientes 72 horas

5.- La posibilidad de que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial puedan requerir a cualquier persona física o jurídica para la conservación y protección de datos o informaciones concretas que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente de forma que el requerido vendrá obligado a colaborar quedando sujeto a responsabilidad por delito de desobediencia.

6.- La previsión de que solo a instancia del Ministerio Fiscal cuando concurren razones que lo justifiquen se acuerde por el Juez Instructor la prórroga por un plazo máximo para la finalización de la instrucción.

7.- La instauración de un proceso “por aceptación de decreto” para delitos en que la pena legalmente prevista sea multa o prisión sustituible por multa y el Ministerio Fiscal entienda que dicha pena es la aplicable al caso y no esté personada acusación particular o popular , decreto de propuesta de sanción que emite el Ministerio Fiscal y que debe aceptar el encausado ante el Juez de Instrucción y con asistencia letrada antes de que lo autorice el Juez mediante resolución judicial firme.

8.- La exclusividad en la iniciativa del proceso de decomiso autónomo en favor del Ministerio Fiscal.

9.- La previsión de que el Ministerio Fiscal pueda, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de activos o por medio de funcionarios de la Policía Judicial u otras autoridades , realizar las diligencias de investigación necesarias para localizar bienes o derechos de titularidad de la persona afectada por el comiso ya acordado.

Todo ello es un botón de muestra de la creciente importancia de la figura del Ministerio Fiscal en la iniciativa y desarrollo de la investigación penal y la fase de instrucción.

Y una vez entre en vigor la Ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal , respecto de los nuevos delitos leves y la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal , libro VI “del Procedimiento para el juicio por delitos leves” se establece que una vez recibido el atestado, si el juez estima procedente la incoación del juicio puede acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal si el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

BIBLIOGRAFIA

Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal

Nicolás Cabezado Rodríguez. Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Valladolid

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 14. ENERO 2008

II Encuentro Jurídico. Investigación e Instrucción. Diferencias y garantías, alternativas de futuro.

Actividades del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

José Hoya Coromina , Magistrado

Año 2008

PRESENTE Y FUTURO DEL JURADO¹

Dña. LOURDES MARÍN FERNÁNDEZ
Magistrada de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz

Bueno pues buenos días antes que nada agradezco en particular al señor Decano, así como a D. Arturo que se hayan acordado de mí aunque aquellos que me conocen saben que a mí no me gusta mucho esto de hablar en público, lo que pasa es que dada la petición de ellos y dado que se trata de la facultad de derecho de Jerez que para mí es muy especial puesto que yo soy de la primera promoción de esta facultad con lo cual soy compañera de todos vosotros aunque hace ya por desgracia bastante tiempo pues me une una especial relación sentimental en cuanto a venir a participar aquí en la facultad de derecho de Jerez. Yo lo que voy a hablaros es del tema del jurado pero eminentemente... pero desde un punto de visto eminentemente práctico a efectos de que conozcáis un poco la experiencia profesional que tengo respecto al la ley... al tribunal del jurado. Antes que nada me parece que es muy importante destacar que incluso en el propio preámbulo de la ley... de la ley del tribunal del jurado ya se establece que pese a que el artículo 125 de la Constitución que como sabéis fue de 1978 ya estableció la constitución del tribunal del jurado sin embargo en la práctica no se llega a crear la ley del jurado hasta 1995 si pasan casi veinte años y la ley del jurado no ni se lleva a cabo ni por supuesto puede por tanto entrar en vigor. Eso ya pone de manifiesto que desde al menos desde mi punto de vista que la creación del tribunal del jurado ha respondido más a unos principios y a una ideología

¹ Este texto se corresponde con la transcripción de su intervención obtenida de vídeo de la Jornada.

política en cuanto que efectivamente es una forma de que la...la... de que los ciudadanos puedan participar en la Administración de Justicia y por tanto es una manifestación externa muy expresiva en cuanto a la participación del ciudadano en los poderes públicos, concretamente en el poder judicial, y por tanto es muy importante a efectos del establecimiento de un estado democrático de derecho respecto al Estado que teníamos con anterioridad pero yo entiendo que ha respondido más a ese tipo de principio e ideología que a la realidad y a la necesidad práctica de que existiera una ley de jurado. No obstante, bueno esto todo es muy opinable pero yo opino... mi criterio es este en base a la experiencia profesional que tengo respecto del jurado. El tribunal del jurado se constituye además de como he dicho como una manifestación democrática de... una manifestación de un sistema democrático también se considera que es un derecho y un deber del ciudadano de participar en los poderes públicos y por tano igual que participa en el poder legislativo pues también que participe en el poder judicial pero la realidad, la realidad es que no es ningún derecho para el ciudadano, por lo menos es lo que yo percibo en el día a día cuando tengo...no sé si Javier también lo percibe, pero yo lo que entiendo es que para ellos es un deber y un deber que lo llevan fatal y que si se pueden excusar van a utilizar todas las posibilidades del mundo para poderse excusar de la ley del jurado. Si comparáis, por ejemplo, lo que significa participar en el... en las mesas electorales y ya se sabe que en las mesas electorales los ciudadanos intentan escabullirse como buenamente puedan para no estar ese día en la mesa de la... de la votación imaginaros lo que supone estar en un juicio que no es un día, que pueden ser cuatro o cinco días, que es mañana y tarde, que es a partir de la deliberación tienen que dormir fuera de su casa, pero sobre todo y principalmente la responsabilidad que implica formar parte del tribunal del jurado. Por ello yo normalmente aprecio que en el jurado hay como tres... hay tres ciclos durante la celebración del juicio en el primer ciclo que es

cuando comienza el jurado vienen descompuestos no quieren estar allí de ninguna de las maneras y... y... con lo cual el encuentro es un poco tenso. Después a medida que se va celebrando... se va desarrollando el juicio y bueno como ya en realidad ya van tomando parte activa se van enterando entonces yo les veo que normalmente están a gusto ya empiezan a gustarle el tema de formar parte del jurado ven que aquello puede ser interesante, algo novedoso y yo veo que sí que en esa fase están contentos se les pregunta ¿entiende?, ¿necesitan algo?, no, ¿tienen alguna pregunta?, no, ¿están entendiendo todo?, sí, la verdad es que nunca preguntan yo no me lo explico pero nunca preguntan. Por lo menos en mi experiencia personal nunca preguntan. Bueno pues en esa fase están muy bien con lo cual ya tú también te subes arriba porque ya ha pasado la primera fase y ya tú estás ea pues mira esto va a funcionar no sé cuanto, no sé qué, pero que va, llega la tercera fase que es la de deliberación y por regla general viene otra vez el desastre padre como ahora seguidamente os comentaré puesto que yo voy a hablar concretamente como del jurado se podría hablar y no terminar, voy a hablar concretamente de... de los tres puntos que entiendo yo que son más complicados en lo que implica el enjuiciamiento del... a través del tribunal del jurado pero desde el puesto de vista práctico. Entonces el primer problema es la constitución del jurado. Ya ahí he adelantado un poco que no quieren ser parte del jurado, que se inventan todo tipo de excusas y la verdad es que llega el momento del día de la constitución del jurado y no saben quienes se van a presentar y por tanto si va a poder constituir el jurado porque claro la ley del tribunal del jurado dice que solamente se podrá constituir el jurado cuando han concurrido veinte miembros del jurado y así como al principio se hacía porque era novedoso, la gente solía asistir a la citación, últimamente nosotros estamos detectando que hay jurados que no vienen, que no aparecen. Concretamente mi compañero en el último... un compañero mío en el último jurado que tuvo no llegaba a los veinte... a los veinte miembros el día del... el

día del juicio porque no habían aparecido, habían sido citados pero no habían aparecido. Con lo cual eso implica por un lado que ya está señalado el juicio, que ya están practica... ya están hechas todas las citaciones, a veces con el problema de que el acusado o los acusados pueden estar preso, con lo cual no es ninguna tontería tener que suspender el juicio y entre otras cosas porque a lo mejor hay que hacer incluso un nuevo sorteo del jurado, o sea que es un problema. Por ello respecto a este tema yo lo que creo que se hará, lo más conveniente es por un lado intentar constituir el jurado antes de la celebración del juicio con una antelación de diez días para por lo menos tener la tranquilidad de que cuando comience el juicio va a estar constituido el jurado. También entramos en la picaresca de ser poco... ser muy restrictivo en cuanto a la admisión de las excusas porque como sabéis después la acusación y la defensa tienen derecho a recusar a cuatro sin ningún... cuatro cada parte sin ningún motivo. Entonces claro si tú no tienes construido el jurado con personas... con miembros suficiente pues resulta que te puedes arriesgar a que no se pueda constituir el jurado y entonces normalmente lo que hacemos es hablar con las partes como por ejemplo como es que puede ser hay muy puede muy amplia la posibilidad de ser miembro del jurado pues una de las causas es no saber leer y escribir, entonces claro hay muchas personas que se lo saben y dicen es que yo no se leer y escribir, es muy difícil probar si usted sabe leer o escribir. Entonces ante el miedo de quedarte sin miembros del jurado pues a lo mejor esa excusa dicen bueno pues yo ésta no la admito con el truquillo de que después hablas con las partes y entonces se le interroga y cuando verdaderamente llega al convencimiento de que no está instruido de que verdaderamente no sabe lo suficiente o lo que sabe leer es muy poco pues entonces las partes son los que lo recusan pero eso implica ya tener una atención desde el principio respecto al jurado. El segundo problema que yo veo respecto al tribunal del jurado es el tema relativo al objeto del veredicto porque se ha creado la necesidad de que el...los...de que los ciudadanos

participen del poder judicial lo cual me parece que es un derecho y un deber fundamental pero también se ha dado miedo al tribunal del jurado yo entiendo que cuando se creó la ley daba miedo de lo que implicaba el jurado porque si no yo no entiendo que nosotros los jueces tengamos que hacer el objeto del veredicto, el objeto del veredicto. El objeto del veredicto implica el que el juez una vez que ya se ha celebrado el juicio, una vez que ya se a.... los... las partes han hecho sus informes de conclusiones y antes de que comience el jurado a deliberar el juez tiene que llevar a cabo el objeto del veredicto que supone el... el realizar un escrito en el que tienes que poner de manifiesto cada uno de los hechos en que se ha basado la acusación y cada uno de los hechos en que se ha basado la defensa aparte de que después también se les pregunte sobre la culpabilidad o no culpabilidad pero vamos básicamente a los jueces lo que nos crea más problema es la confección del objeto del veredicto entre otras cosas porque no es la forma común, corriente, en que nosotros trabajamos. Nosotros normalmente pues no llevamos a cabo esa separación hecho probado, calificación jurídica, prueba practicada, indicio... a la hora que tú estás, tú estás celebrando el juicio y ya tú estás... tu mecanismo de raciocinio es un poco la mezcla de los indicios, las pruebas, para llegar a los hechos probados pero no esa separación radical y sobre todo lo que yo y poco... al hilo de... de lo relativo a la instrucción del fiscal... yo lo que no... lo que tampoco me ha quedado muy claro es por qué lo tiene que hacer el juez. Vamos a ver si quien va a decidir, quien va a resolver es el jurado no sé por qué el juez tiene que intervenir en algo tan importante como es la determinación de los hechos sobre los que debe juzgar el jurado. Yo ceo que bueno esto es un sistema que se ha hecho en España como ya digo un poco por miedo y es facilitarle el tema al jurado me parece muy bien que se le facilite el tema al jurado aunque sea a base de complicarnos nosotros pero el... el... mi pregunta es por qué no lo hacen las partes, por qué no son las partes, el fiscal y la defensa, los que establecen cuáles son los hechos en los

que ellos consideran que se debe de votar el objeto del veredicto y después estar el juez en su función que en el caso del tribunal del jurado es sólo de dirección pues será el que caso que haya discrepancias ente las partes respecto a si un hecho debe estar incluido o no estar incluido que sea el juez quien lo decida como persona imparcial respecto a la acusación y la defensa, pues no la ley dice que lo hace el juez, que después llama a las partes y que entonces las partes dicen si hay que hacer alguna inclusión o alguna exclusión yo vería la verdad mucho más fácil que fueran las partes quien lo hicieran y que finalmente el juez decidiera entre otras cosas porque hay un problema que no sé, imagino que Javier me dará la razón, en el jurado tenemos un problema importante y es que tiene el miedo a que pueda influir al jurado y entonces andas un poco con pies de plomo no en ningún momento tú tienes un relajamiento en cuanto a tu manera de actuar porque es verdad que en cuanto a la dirección del juicio pues bueno es igual que cualquier otro juicio pero respecto a las instrucciones que marca la ley, respecto a las posibilidades que le da la ley al presidente, andamos un poco con pies de plomo, porque nos da miedo que suponga una influencia hacia el jurado. Con lo cual la verdad es que no se pasa bien. En la ley del jurado no se pasa bien. Otro problema que tiene respecto al.. al objeto del veredicto. Yo creo que sería... pero claro necesario porque en el tribunal.... en el enjuiciamiento del jurado es sumamente importante la intervención del fiscal y de los letrados. Esa intervención es importante en todos los juicio pero en la del jurado es vital porque ellos se dejan influir enormemente por la manera que tienen de actuar el fiscal o los letrados. Entonces yo creo que en ese sentido el fiscal debe de adaptarse un poco, ya cada vez se van adaptando más los fiscales, pero debían de darle más posibilidades al jurado a la hora.. porque claro el juez, el que preside, que preside el tribunal del jurado, lleva a cabo el veredicto respecto de los hechos en que se basa la acusación y respecto de los hechos en que se basa la defensa aunque la ley te parece que te permite un resquicio de que tú

puedes meter algún hecho pero volvemos a lo que ya dije anteriormente a ti te da miedo meter nada porque dices vaya a ser que por tú meter algo que consideras que debería estar en realidad el jurado se lo va a tomar como influencia, entre otras cosas qué puedes meter si a lo mejor eso no ha sido objeto de contradicción en el juicio, con lo cual estás un poco totalmente atada de pies y manos, ¿no?. Entonces yo creo que lo que sí sería conveniente es que el juez, perdón que el Ministerio Fiscal diera más alternativa al jurado, diera más alternativa. Bueno dependiendo de cada caso, ¿no?. Por ejemplo a mí me gusta que vosotros esto lo comprendáis con casos concretos. Yo he tenido mala suerte con los jurados porque normalmente han sido difíciles, han sido muy difíciles, y además difíciles para cualquier... para cualquier tribunal no sólo para el tribunal del jurado. Concretamente os puedo contar uno que consistía en que eran cuatro... voy a contarlo rápido pero para que veáis la dificultad... cuatro o cinco rumanos estaban de ocupa en una vivienda, pues empezaron a beber, total estaban súper bebidos, llegó un momento que uno de ellos agredió levemente a otro, vamos levemente que no le hizo nada, que eso después fue constitutivo de una falta, la lesión fue mínima, pero como estaba muy embriagado el lesionado cayó en redondo al suelo y se quedó inconsciente. Entonces se trasportó a este... a esta víctima creyendo, hay que entender eso, creyendo que estaba muerto, lo trasladaron a un contenedor de basura y lo tiraron en el contenedor de basura, entonces llegó el camión de la basura, cogió la basura incluido el pobre... la pobre persona y se lo llevó a la trituración total en resumidas cuentas que según después en el túnel este cuando baja la basura fue cuando se dieron cuenta de que allí había un cuerpo. Como consecuencia de eso pudieron... pararon el tema, pudieron capturar el cuerpo y el médico forense le pudo hacer la autopsia. Bueno pues el médico forense era radical, radical y contundente en que la causa de la muerte de este señor había sido el aplastamiento una vez que lo recogió el camión de la basura. Este señor estaba vivo en el contendor. Ya digo que es una asunto que

es que es difícil, es difícil para cualquiera porque es muy complicado. Los rumanos no declararon, no declararon, y solamente declararon a la defensa que no sabían nada, que ninguno había sido, pero no tenían nada que ver entonces allí no había prueba, la verdad es que prueba no había. Entonces el ministerio fiscal asesinato, la defensa absolución. Yo me acuerdo que en un momento determinado le dije al fiscal yo creo vamos asesinato es que es que asesinato es compl...es que no hay prueba del asesinato pero además que yo creo que debería de darle al jurado otra opción pues por ejemplo no sé yo, un homicidio por imprudencia porque no tomaran la diligencia debida antes de meterlo en el contenedor para comprobar si estaba vivo no sé algo porque yo veía que aquello era desastroso, yo veía que aquello era desastroso, como efectivamente fue desastroso bueno y además desastroso porque esto une con el tercer momento complicado del jurado que es el acta que en un momento dado el jurado decía es que con esta pinta hay que condenarlos, es que con esta pinta hay que condenarlos, y yo por Dios, por Dios, no me digan ustedes eso, ustedes por la pinta no lo pueden condenar, de verdad que no, ustedes tienen que justificarlo, tiene que probarlo, tiene que ver..... bueno aquello fue terrible aquello fue realmente terrible porque ellos decían que los condenaban erre que erre y además encima en más de una ocasión hablaban de la pinta con lo cual yo es que lo veo súper peligroso de verdad lo veo súper peligroso y bueno como siempre ocurre vino ella por fin se van a deliberar terminan el acta viene con el acta los condenan a los cuatro o los cinco, no me acuerdo.... Y le... bueno entonces claro bueno en base a que lo han condenado es que mire aunque sea.... es que ese es otro problema del tribunal del jurado como te dicen que lo tiene que motivar aunque cuales son los elementos de convicción los que el jurado tiene que... en virtud de los cuales el jurado ha votado de una manera o de otra y por otro lado ya estoy acostumbrada en que si no anulan las sentencia como se considere que no está suficientemente motivada que eso nos pasó en los primeros jurados que no teníamos

experiencia y la verdad creíamos que esa motivación no tenía que ser tampoco muy... muy.... vamos que tenía que ser básica y después resultó que por ese motivo ha habido más de una anulación en sentencia pues ahora tú agobiada e insistir en que eso quede bien motivado en que quede bien motivado. Bueno no había manera de que los pobres lo motivaran, no había manera. Y después bueno y después tenemos otro problema que como además la ley también contempla que en caso de que tengas que devolver el acta dos veces ya a la siguiente se elimina el jurado pues es que yo no sé si soy capaz de a vosotros explicaros pero el agobio es tremendo o sea es un tema que de verdad cuando sabes que vas tener un jurado te pones mala, te pones mala porque nunca sabes como va a terminar y es siempre sorprendente. Efectivamente se le tuvo como os digo devolví el acta con el miedo a decir madre mía como no vuelvan otra vez lo devuelvo y esto que hemos hecho que después de estar cinco días allí esto no va a servir para nada y la verdad es que esta vez lo que hicieron es que como no había manera porque ellos no encontraban de ninguna manera ninguna prueba pues lo que hicieron fue lógicamente absolverle y solamente se le condenó al que quedó acreditado que era el autor de la falta que vamos era una falta nada más que se condenó por la falta pero todo esto lo digo porque ahora a lo mejor no soy capaz de exteriorizarlo como se vive el tema pero el tema es muy fuerte es muy desagradable y en fin yo creo que esto debería de modificarse y hacerse de alguna otra manera distinta porque lo que está claro es que normalmente las personas que van allí son personas bueno yo últimamente en su mayoría son amas de casa que vamos que con todos los respetos pero claro es natural un ama de casa nunca se ha visto en este follón y entonces yo veo que para ellos es muy complicado, muy complicado el poder, el poder resolver el tema. Con lo cual lo que yo creo es que se debería de realizar por parte del Estado algún tipo de curso. Ya que.... ya que.... Ya que el jurado se sortea para dos años pues no creo yo que sea dinero, no creo yo que sea dinero y además hay presupuesto para

muchas cosas y no para esta... es que al jurado lo tienen olvidado, o sea, lo de jurado se creó la ley quedó muy bonita pero a partir de entonces han olvidado lo que es el jurado. Porque yo recuerdo que hasta para las elecciones generales cuando yo tenía que ir porque eran las primeras... las primeras elecciones y no sabía muy bien la gente lo que tenían que hacer en cuanto al que era presidente y demás ahí se gastaban unos libretitos, ¿sabes? y entonces sabían lo que tenían que hacer cada uno tal tal tal. No en el jurado no le dan nada. Al jurado le sortean y dice ea a esperar haber si te citan. Y yo creo que sería importante que le dieran un curso ya fuera a través de la facultad de derecho, ya fuera como a través del consejo... yo no sé cómo pero básico, básico, básico de lo que se refiere la valoración de la prueba. Simplemente con eso porque para nosotros es difícilísimo, siempre tenemos el miedo de que podamos influirle y lo cierto y verdad es que ellos lo pasan muy mal, el presidente lo pasa fatal y después el resultado es sorprendente. Y para terminar por ejemplo os voy a contar el último jurado que tuve hace nada de tiempo en el que resultaba que era presuntamente eran dos hermanos que habían asesinado a un... a bueno a un matrimonio, a él lo habían asesinado y ella que estaba parapléjica y en la cama la habían agredido entonces todo el procedimiento vino con... se llevó a cabo con la acusación de los dos hermanos. Primero porque el... la... la esposa que no... la... la... tetrapléjica que no... que solamente resultó lesionada y no fallecida sí que reconoció a los dos y además dijo que el objeto de la discusión eran unas llaves porque este señor, el fallecido, les había dejado unas llaves para un alquiler. En fin que la discusión que se oyó porque entraron durante la noche daba lugar a que efectivamente pudieran ser ellos los autores del hecho total el... la víctima lo reconoce y después el único testigo presencial que era el cuidador aunque no ve... aunque no ve la... los hechos en si pero sí sale al oír los gritos y sí que reconoce a uno que lo ve corriendo y lo reconoce fotográficamente y después en reconocimiento en rueda como uno de los hermanos. Total que siempre

fueron acusados los dos hermanos. Pues pasa otra cosa que hay que insistirle al jurado y de eso se encarga muy bien el Ministerio Fiscal y la defensa, en que lo importante es lo que se celebre en el acto del juicio oral y que lo que tienen que estar es a las pruebas del juicio oral. Pues como siempre resulta al final sorpresivo pues resulta que la señora cuando viene que ya ves que era tetrapléjica, un problemón horrible hasta que vino, tal y cual, bueno pues ahora la señora cuando viene dice que no, que no reconoce a ninguno de los dos. Que ella dijo que eran ellos porque ella quería que se resolviera el problema del asesinato de su marido pero que ella no reconoce a ninguno de los dos, cuando en cuatro declaraciones había dicho que eran ellos y después el testigo presencial que siempre había dicho que nada más que había visto a uno que verdaderamente era sobre el que existían más pruebas, a uno que sí que lo había visto correr y que lo había reconocido pero siempre había visto nada más que a uno, el día del juicio dice que ha visto a dos. Entonces se le pone de pie el otro acusado bueno es este señor y dice no pero este señor no es porque era más alto con lo cual llega el momento de la deliberación y del veredicto entonces también se insiste, también es verdad que yo insisto al jurado que caso que tengan duda que tienen que absolver eso está clarísimo que ante la menor duda tienen que absolver pero es que llega la sorpresa de que resulta que me entregan el acta del veredicto, esto es real, esto no es... esto es real, me entregan el acta del veredicto y vosotros sabréis que para que un hecho desfavorable se pueda considerar probado es necesario siete votos y cinco si es favorable, es decir, que para poder considerar que en este caso el acusado había agredido a la señora tenía que haber siete votos, bueno pues hay cinco. Vale pues muy bien pues no se ha llegado al acuerdo. Pero es que en la redacción del acta me ponen que este señor ha agredido a la señora. Vamos a ver, mire usted, claro... ahora llama otra vez, ya empezamos a devolver el acta y a comparecer las partes... miren ustedes, ustedes no pueden hacer esto si resulta que solamente son cinco los votos que ustedes dicen que

han llegado entonces no pueden considerar probado este hecho. Aquí caben dos opciones o votan siete o si no no pueden fundamentar pero claro todo esto es con muchísimo cuidado porque vaya a ser que que puedan pensar que es que tú quieres que voten o que no voten. Total que nada se van otra vez para allá y no había manera, no había manera de que llegaran a los siete votos, total. Finalmente que hacen, pues que lo absuelven, entonces se llega al ridículo bueno al ridículo aquí entre nosotros no es normal que si se condena a este señor por haber asesinado al marido sin embargo resulta que respecto a la agresión a la señora pues quedan absueltos porque consideran que no hay prueba como ellos se basaron en el juicio oral y en el juicio oral hubo ese tipo de prueba sorpresiva pues ya ellos no había manera quiere decir que en este caso a lo mejor un tribunal profesional pues a lo mejor hubiera tenido en cuenta las declaraciones anteriores si estaban unidas a las actuaciones, los indicios... pero es que es muy complicado para unas personas que en su vida se han visto en este asunto y son asuntos muy difíciles porque normalmente son asesinatos es que estos listos que ponen la ley del tribunal del jurado en la realidad principalmente son asesinatos y claro es muy fuerte y es muy grave el delito como para que lo puedan ver personas que en su vida han entrado en un juicio por eso yo todo esto lo digo porque me encontraría que de alguna manera al jurado se le pudiera instruir previamente ya que se sabe quienes van a formar parte de unas nociones básicas para que no llegaran al juicio como llegan que la verdad resulta sorpresivo y desde luego no... no... yo por lo menos no le veo la funcionalidad. Eso sí, la única ventaja que yo le veo al jurado vamos o la vamos no quiero ser tan radical, mejor dicho, la principal ventaja que yo le veo al jurado es que efectivamente los que forman parte del jurado conocen a la Administración de Justicia y eso sí me parece muy importante que sepan en qué consiste la Administración de Justicia y desde luego lo que no me cabe duda es que cuando salen de allí no piensan como antes, podrán pensar mejor o peor pero desde luego si conocen la

Administración de Justicia y como estamos acostumbrados a que en principio todo el mundo habla de la Administración de Justicia y todo el mundo es jurista me parece muy importante que efectivamente pasen por... por el... por la... por un juicio y comprendan que bueno que esto es un trabajo como otro cualquiera pero que tiene su complicación. Muchas gracias.

ALGUNOS INCONVENIENTES DE LA ATRIBUCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN AL MINISTERIO FISCAL¹

Dra. Dña. MARTA DEL POZO PÉREZ²
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
(Acreditada para Profesora Titular de Universidad)
Universidad de Salamanca

*En tiempo de desolación nunca hacer mudanza.
San Ignacio de Loyola.*

I.- CONSIDERACIONES GENERALES:

Como es de sobra conocido, desde hace ya varias décadas, la casi totalidad de los debates, discusiones, análisis y proyectos fallidos habidos en nuestro país en torno a una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que viniera a sustituir a la ya vetusta de 1882, que, aunque con parches, sigue todavía vigente, han venido a centrarse, casi de manera exclusiva, en un aspecto muy determinado, una modificación que entraña en sí misma un cambio radical respecto a nuestro actual sistema, aproximándolo a otros países de nuestro entorno, hasta tal punto que, en mi opinión, la falta de consenso

¹ Este trabajo, con algunas notas, refleja, esencialmente, el contenido de una ponencia oral presentada en la Jornada El proceso penal del siglo XXI: Quo vadis iustitia?, celebrada en Jerez en abril de 2015.

² Miembro del GIR "IUDICIUM: Grupo de estudios procesales de la Universidad de Salamanca", reconocido como "Grupo de investigación de excelencia" por la Junta de Castilla y León (referencia GR161). La presente investigación se realiza en el marco del Proyecto de título "Configuración y continuidad de las respuestas normativas a la crisis", Investigador principal: Enrique Álvarez Conde, concedido al Instituto Universitario de Derecho Público por el Ministerio de Economía y Competitividad, con número de referencia DER2013-42600-P.

suficiente acerca de una posible nueva configuración del modelo de la fase de investigación/instrucción ha impedido que una nueva norma de enjuiciamiento penal vea la luz.

Me refiero, evidentemente, a la propuesta de reforma que pretende atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación/instrucción penal en sustitución de la actual y ya clásica figura Juez Instructor, si bien, como no podía ser de otro modo, esta mutación no puede efectuarse para la totalidad de las actuaciones propias de esta fase inicial del proceso penal. Puesto que en el seno de la misma hay una buena parte de ellas que se relacionan con la quiebra y limitación de los derechos fundamentales de los imputados, cuestiones vedadas por su propia naturaleza, a la intervención, salvo contadas, legales y tasadas excepciones, del personal jurisdicente. Por tanto, el futuro modelo prevé la coexistencia de dos figuras, el Fiscal Instructor o Investigador y el Juez de Garantías.

Para abordar la cuestión que nos ocupa debemos analizar, en primer lugar, ¿qué Ministerio Fiscal tenemos? Veamos:

Es un Órgano del Estado, establecido en la Constitución Española, al que se le encarga la promoción de la Justicia, llevando a cabo funciones heterogéneas, formando un cuerpo único, con diversos miembros en distintas categorías, y que tiene depositado el interés del Estado y de la comunidad en la observancia de la legalidad. Su regulación jurídica se encuentra en el art. 124 de la CE, art. 541 LOPJ³, y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que ha sufrido diversas modificaciones desde su entrada en vigor.

³ Art 541 de la LOPJ: 1. Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal se regirá por lo que disponga su Estatuto Orgánico.

Si estudiamos los principios, que además se recogen en la Constitución, que lo rigen nos encontramos, por un lado, con los principios de organización:

1.- Unidad: El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado, ejercitando su jefatura y representación el Fiscal General del Estado que es el superior jerárquico y representante único del mismo. Además, se prevén sistemas para mantener la unidad de criterios

2.- Dependencia: según MONTERO AROCA se manifiesta en una doble dirección: interna, reflejada como jerarquía y externa, del poder ejecutivo. Implica una organización jerárquica piramidal, de tal forma que el Fiscal General del Estado, como superior, imparte órdenes e instrucciones a sus subordinados que resultan de obligado cumplimiento.

Abundemos en esta segunda cuestión crucial para nuestra futura argumentación, dependencia, de tal modo que el Fiscal General del Estado, que ostenta la jefatura del Ministerio Fiscal, imparte las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución.

En particular el Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general, como referidas a asuntos específicos. Lo que significa que no sólo pueden emitirse instrucciones de carácter global, que deben seguirse, por cada uno de los representantes del Ministerio Fiscal, al actuar en cada asunto concreto relacionado con el contenido de la Circular o Instrucción, sino que, lo que es aún más preocupante, el Fiscal General del Estado puede dirigirse a uno de sus subordinados para impartirle las pautas obligatorias de actuación en un determinado asunto.

A lo que hay que añadir que, tal y como refleja normativamente el Estatuto, el miembro del Ministerio Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a la misma en sus dictámenes pero, podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.

Además y en nuestra opinión, a pesar de las reformas del EOMF que trataban de evitarla, aún sigue existiendo dependencia externa del Poder Ejecutivo. En mi opinión y concretamente se manifiesta en las siguientes cuestiones:

- a) Nombramiento y cese del Fiscal General del Estado
- b) Las causas de cese de éste serán apreciadas por el Consejo de Ministros.
- c) Cesa cuando lo hace el Gobierno que lo nombró.
- d) El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público.

Los defensores del nuevo modelo podrán intentar rebatirme en este punto que una cosa es que el Gobierno se lo pida al Fiscal General del Estado y otra es que éste “acate las órdenes” realizando, en consecuencia, las actuaciones pertinentes para cumplirlas, sinceramente, no me imagino a un Fiscal General del Estado actuando en contra del Gobierno que lo nombró⁴. Y aunque así fuera no puede dejarse en manos de las convicciones personales de cada concreto Fiscal General del Estado el decidir si actúa o no en

⁴ Lo refleja bien el refrán castellano: No debes morder la mano que te da de comer.

consonancia con lo interesado por el gobierno,. Esto crearía una inseguridad jurídica absoluta y peligrosa, a la par que preocupante.

e) El Fiscal General del Estado elevará al Gobierno una memoria anual sobre su actividad.

f) El Fiscal General del Estado informará al Gobierno, cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal, respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el Ministerio Fiscal, así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia. En casos excepcionales podrá ser llamado a informar ante el consejo de Ministros.

Esta referencia evidencia, sin duda, una vez más, su absoluta ligazón y dependencia del Poder ejecutivo.

En segundo lugar, se regulan los principios de actuación:

1.- Legalidad. En su actuación se ajustará a la Constitución, leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, lo que no impide la introducción del principio de oportunidad reglada. El Ministerio Fiscal ha de actuar, pues, como defensor de la legalidad, ajustándose a lo exigido por el ordenamiento jurídico, lo que supone hacerlo tanto como acusador, solicitando la condena, como solicitando la absolución o el sobreseimiento, en función de los requerimientos del referido principio para cada caso concreto.

2.- Imparcialidad: Que puede calificarse de “peculiar” al ser parte del proceso. Por lo tanto sí, puede producirse su abstención, pero no su recusación.

Su actuación se ha de regir por la objetividad y la independencia en defensa de los intereses encomendados, como medida de garantía se posibilita

la abstención, pero no la recusación, puesto que esta es propia de Jueces y Magistrados y, además, el Ministerio Fiscal será una parte del proceso. El Ministerio Fiscal debe actuar con plena rectitud en defensa de los intereses que le están encomendados. El funcionario del Ministerio Fiscal no debe tener implicación directa ni indirecta en el caso concreto en que debe actuar. La ley no prevé ni permite la recusación del Ministerio Fiscal, porque es una parte procesal, pero sí exige la abstención del funcionario en quien concurra una causa de las que dan lugar a esta misma decisión en el personal judicial; y para el caso de que el funcionario en cuestión no se abstuviera, las partes podrán acudir a su superior, interesando de él que ordene su no intervención en el proceso (art. 28 EOMF).

Abordemos ahora las funciones del Ministerio Fiscal, tiene asignadas una multiplicidad, que de modo genérico se dibujan en los arts. 124.1 CE, 541 LOPJ y 1 EOMF. Estas funciones genéricas se desarrollan ampliamente en el art. 3 EOMF, en 16 apartados, que muestra un conjunto heterogéneo de actividades, y que se cierra además con la cláusula general que se remite a las demás funciones y facultades que el ordenamiento jurídico le atribuya o confiera. Desde luego la función más importante y que en cierto modo abarca a las demás es, como señala CALVO SÁNCHEZ, la de defensor de la legalidad. En este sentido, pues, al Ministerio Fiscal le corresponde la defensa del interés público o social, pero no de modo directo, sino a través del ejercicio de las acciones correspondientes ante los órganos jurisdiccionales: se trata, así, de pedir y no de resolver.

Por lo expuesto, podrían integrarse en: la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El EOMF indica que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia integrado con autonomía funcional en el poder judicial. Lo que, sin duda, trae causa del precepto constitucional que se refiere a él, integrado en el título correspondiente al Poder Judicial. Sin embargo esta definición no puede ni debe admitirse, lo que en realidad es el Ministerio Fiscal es un personal colaborador de la Administración de Justicia que es aquel que presta sus servicios en ella, pero que no está subordinado al Juez o Tribunal.

Además, como señala el propio Estatuto Orgánico el Ministerio Fiscal no es inamovible, puesto que:

a) En cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo fiscal, que podrá expresar su parecer.

En mi opinión esta norma permite sustituir en cualquier instante, incluso comenzado el procedimiento, a un Fiscal por otro a voluntad del superior jerárquico o incluso, decidir intervenir este en el asunto en detrimento del designado inicialmente puesto que si se produjera esta decisión sería difícil que en un órgano jerarquizado, tal y como hemos reseñado con anterioridad, el superior jerárquico común, decida a favor del Fiscal sustituido, además de la redacción del precepto se advierte que la intervención del Consejo fiscal es potestativa: “podrá”, por tanto carece de capacidad de decisión al respecto y su intervención no es preceptiva. A lo que hay que añadir que el citado Consejo Fiscal no es un órgano Constitucional que

pudiera proteger a un determinado fiscal frente a la actuación de sus superiores.

b) El Fiscal General del Estado podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal.

Este precepto legitima el Ministerio Fiscal ad hoc decidido con único fundamento en la voluntad del Fiscal General del Estado, sin ningún tipo de control, pues, una vez más, con fundamento en la redacción de la norma, el Consejo Fiscal no ejerce control alguno, simplemente ha de ser oído.

c) Podrán ser trasladados por disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo por causas a aquéllos imputables.

II.- ALGUNOS EJEMPLOS REALES Y CONCRETOS CONSECUENCIA DE ESTA CONFIGURACIÓN.

Llegados a este punto, y tras el análisis efectuado, veamos diversos casos sucedidos en la práctica que ponen de manifiesto los inconvenientes reales de atribuir la fase de investigación/instrucción al Ministerio Fiscal con el actual modelo y su actual configuración siendo necesario que se acometan reformas esenciales que abordaremos en epígrafes posteriores.

A.- CASO FAISÁN:

El Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce, ordenó a la Fiscalía de la Audiencia Nacional acusar de colaboración con ETA al ex jefe superior de Policía del País Vasco Enrique Pamiés y al inspector José María Ballesteros en relación con el caso Faisán, el supuesto chivatazo que permitió la huida del aparato de extorsión de la banda terrorista en mayo de 2006.

Por tanto, con esta actuación Torres-Dulce ha impuesto su jerarquía recogida en el Estatuto Orgánico contra el criterio de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que se inclinaba por acusar a los dos agentes únicamente de un presunto delito de revelación de secretos. El Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza trasladó al máximo responsable del ministerio público su desacuerdo, y el del fiscal encargado del caso, Carlos Bautista, con esa calificación jurídica de los hechos. Ante la falta de acuerdo con Torres-Dulce, Zaragoza pidió a su superior que le enviara la orden por escrito, como prevé el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 28.

Tal y como hemos recogido con anterioridad el artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que: “El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos.”

Este ha sido el precepto que ha permitido a Torres-Dulce ordenar al Fiscal de la Audiencia Nacional Carlos Bautista a incluir en su escrito de calificación provisional la colaboración con ETA como calificación alternativa a la del delito de revelación de secretos. En el escrito, de manera sorprendente, por carecer de cobertura legal⁵, el Fiscal de la Audiencia

⁵ Hasta el punto de que fue objeto de debate en la última reunión del Consejo Fiscal que se celebró el pasado 23 de abril. En esa cita se decidió que el asunto fuera examinado por la Inspección.

El Fiscal debería haber utilizado el mecanismo previsto en el artículo 27 del EOMF que indica: 1. El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General de Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. 2. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.

Nacional afirma lo siguiente: “Los hechos referidos en la conclusión anterior constituyen un delito de REVELACION DE SECRETOS CON GRAVE DAÑO PARA LA CAUSA PUBLICA DEL ART. 417.1, PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO CP y, alternativamente, un delito de colaboración con organización terrorista del art. 576 del CP. La calificación jurídica alternativa (art. 576 CP.) se formula en virtud de lo dispuesto por el art. 25, párrafo 1º, inciso 1º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.”⁶

B.- CASO DE JUANA CHAOS.

El Fiscal Jesús Alonso, pidió 96 años de prisión para José Ignacio de Juana Chaos, renunciando a representar al Ministerio Fiscal en el juicio después de que su superior jerárquico, Javier Zaragoza, considerara que no hay base jurídica para mantener esa petición.

Tras la renuncia de Alonso, Zaragoza pidió a su segundo, el teniente fiscal Jesús Santos, que se hiciera cargo del caso, pero que éste se excusó alegando que motivos familiares le impedirán acudir al tribunal.

Javier Zaragoza designó finalmente como sustituto de Jesús Alonso a Fernando Burgos, considerado el “número tres” de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

C.- CASO CAMPS.

Después de haber sostenido la acusación durante todo el caso, la Fiscalía anunció que no recurriría al Tribunal Supremo la absolución del expresidente de la Comunidad Valenciana, Francisco Camps, y del ex secretario general de su partido (PP) Ricardo Costa, por la causa de los trajes presuntamente recibidos de la trama Gürtel. El anuncio se produjo justo después del cese del anterior Fiscal General del Estado, Cándido Conde-

⁶ Escrito de calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal en el Caso Faisán.

Pumpido, y de su sustitución por Eduardo Torres-Dulce. La Fiscalía aduce que no encuentra fundamento suficiente para la impugnación.

D.- CASO OTEGUI.

El Fiscal de la Audiencia Nacional Fernando Burgos retiró la acusación contra el portavoz de la ilegalizada Batasuna Arnaldo Otegi para el que pedía 15 meses de cárcel en su escrito de conclusiones provisionales por un presunto delito de enaltecimiento del terrorismo durante un homenaje a la etarra Olaia Castresana. Esto supone su absolución por retirada de acusación y el archivo de la causa, al no haber ninguna otra parte acusadora en el juicio.

Hemos expuesto, por tanto, ejemplos reales sucedidos en diversos momentos, con distintos Gobiernos y diferentes Fiscales Generales del Estado en los cuáles las actuales normas recogidas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal demuestran la perniciosa relevancia de la dependencia jerárquica, tanto externa, como interna, en la actuación del citado órgano.

III.-ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL MINISTERIO FISCAL QUE DIFICULTAN ATRIBUIRLE LA INVESTIGACIÓN.

1.- ¿Se puede ser imparcial sin ser independiente?

A pesar de lo que diga el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal deseo expresar en estas líneas mi más sinceras dudas al respecto habida cuenta de que en opinión, que comparto absolutamente, de ALMAGRO y CALVO SÁNCHEZ: “La independencia es instrumental respecto a la imparcialidad.”

A lo que hay que añadir que sobre el Ministerio Fiscal, y en tanto que se mantenga su dependencia del Poder Ejecutivo, pesa en la sociedad una constante sospecha de una falta absoluta de auténtica imparcialidad, puesto

que en realidad el sometimiento no sería al conjunto del ordenamiento jurídico sino a la voluntad del Gobierno expresada a través de las Instrucciones y Circulares del Fiscal General del Estado, lo que genera serios problemas en relación al Ministerio Fiscal, que se ven acrecentados si, tal y como determina GARBERI LLOBREGAT, tenemos en cuenta la Doctrina del TEDH sobre la imparcialidad subjetiva, en este caso aplicada al Ministerio Fiscal como órgano encargado de la instrucción/investigación, es decir, “aquella que considera parcial a quien es objetivamente imparcial pero no lo parece a ojos de la sociedad”. O lo que es lo mismo, la mujer del César no sólo tiene que ser honrada sino parecerlo.

2.- ¿Se puede atribuir la fase de investigación a un órgano dependiente no sólo en su estructura interna sino incluso del Poder Ejecutivo? Sinceramente, considero que no.

O es que, por lo expresado detalladamente en párrafos anteriores, alguien se imagina a un Juez o Magistrado “reportando al gobierno”? ¿O dando cuenta de su actuación? Ni siquiera al presidente del CGPJ... ¿Y promoviendo actuaciones indicadas por el Gobierno? ¿O recibiendo órdenes e instrucciones, incluso para el caso concreto, por parte de su superior jerárquico?

Precisamente esto no puede suceder porque los Jueces y Magistrados son independientes, esta es la nota de la que depende la propia existencia de la potestad jurisdiccional en un órgano determinado.

Su significado ha de entenderse desde una doble perspectiva: por un lado, exige la no intervención en el ámbito judicial tanto del poder legislativo como del ejecutivo y, en sentido inverso, el ejercicio de la jurisdicción tampoco ha de interferir en el campo de actuación del legislativo y ejecutivo; cuestión, por lo expuesto, que no sucede en el supuesto del Ministerio Fiscal

donde la influencia del Gobierno resulta más que evidente, a pesar de las diversas reformas del EOMF que tratan de limitarla.

Por otro lado, la jurisdicción es independiente por estar sometida, no a criterios particulares o discriminatorios, sino única y exclusivamente a la ley, o más correctamente, al conjunto del ordenamiento jurídico. Esto último podría predicarse de la Fiscalía por su sometimiento al principio de legalidad pero hemos visto que además recibe Instrucciones y Circulares del Fiscal General del Estado que, puede ser, que lejos de recoger expresiones de la voluntad popular, como lo hace la Ley, reflejen intenciones particulares y concretas del Gobierno de turno. Ya hemos abordado esta cuestión con anterioridad.

Cuando redacto estas líneas el actual Fiscal General del Estado en una conferencia pronunciada en el País Vasco es consciente de esta situación, cuando demanda: "Un reforzamiento de la autonomía o blindaje" de los Fiscales que tengan que abordar tareas en investigación, en especial en procesos de "enorme presión" mediática, de lobbys sociales y política. A lo que ha añadido su "irrenunciable apuesta" por un Ministerio Fiscal "autónomo de los poderes públicos, imparcial, inscrito en la órbita del poder judicial, activo en la promoción de la Justicia, sensible a la satisfacción de intereses sociales" y "radicalmente comprometido en la defensa de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales". Sinceramente, y en mi opinión, esto no es autonomía sino independencia a pesar de intentar sustituir este por otro término que evite la evocación al Juez o Magistrado, independencia que, tal y como hemos demostrado, no existe en la actualidad con el vigente Estatuto Orgánico, así lo reconoce la cabeza visible de la Fiscalía, Estatuto que debería ser reformado para conseguir un modelo de Fiscalía apartado del Gobierno; de lo contrario, tal y como afirmaré en estas líneas, en mi opinión, los inconvenientes de la atribución de la instrucción/investigación a la Fiscalía son mucho mayores que sus ventajas.

3.- ¿El Estatuto Orgánico permite el Fiscal “ad hoc”? Considero, como he referido con anterioridad, que sí. La falta de estricta inamovilidad reflejada en la citada norma permite la influencia perniciosa del Poder Ejecutivo en el caso concreto. ¿Alguien imagina un juez instructor “ad hoc”? Evidentemente no, puesto que está prohibido y vedado en un doble sentido, por un lado a través la inamovilidad judicial que es la garantía de independencia respecto al poder ejecutivo. Significa que una vez nombrado o designado un Juez o Magistrado no puede ser removido del cargo, sino en virtud de causas razonables previamente determinadas y a través del procedimiento legalmente establecido. En concreto, el artículo 117.2 CE proclama la garantía que tienen los Jueces y Magistrados de no ser "separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley".

Ya hemos referido que en el caso del Ministerio Fiscal, al margen, una vez más, de su clara vinculación con el Gobierno, puede elegirse un funcionario concreto del Ministerio Fiscal para que actúe en un caso determinado, incluso conculcando las normas de distribución de asuntos; o cambiarlo una vez iniciado el proceso, o bien, se le puede trasladar por disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo por causas imputables al trasladado. Sin duda alguna, esto permitiría la designación de determinado Fiscal para la investigación de un concreto asunto por finalidades espurias, más allá de la vinculación a la legalidad, si hubiese intereses, bien de los superiores jerárquicos, en un determinado caso, incluido el Fiscal General del Estado, bien del Gobierno. Esto, en mi opinión, genera un gravísimo riesgo para los ciudadanos, para el propio proceso penal e incluso para el Estado de Derecho.

Por otro lado está prohibido el Juez ad hoc, por medio del derecho fundamental al juez legal o juez ordinario predeterminado por la Ley que implica:

1º. La prohibición de establecer órganos jurisdiccionales, a no ser por una ley.

2º. La prohibición de crear tribunales especiales.

3º. La necesidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión.

Este derecho fundamental está previsto de dos formas en la Constitución Española:

Positivamente: art. 24.2 CE. —Garantías procesales— derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Negativamente: art. 117 CE. Declara la prohibición de los tribunales de excepción.

Siguiendo a GIMENO SENDRA puede definirse el derecho al juez legal como “el derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas”

Esta garantía significa:

1. El ciudadano tiene derecho a que su causa sea enjuiciada por un juez, es decir, por un Tribunal jurisdiccional y no por otro organismo pseudojurisdiccional. Con las características propias de la Jurisdicción.

2. El Tribunal jurisdiccional que conozca del asunto debe ser un Tribunal ordinario -en contraposición a los Tribunales de excepción-, es decir,

los institucionalizados dentro de la organización judicial de un país con carácter general para todo tipo de asuntos. Pertenencia al Poder Judicial Organización, estar en la LOPJ. Incluido en la planta.

3. El Tribunal jurisdiccional debe estar predeterminado. Ello significa que el asunto no puede ser sometido a un Tribunal creado expresamente para ese caso (“ad hoc”) o con posterioridad al hecho sometido a su conocimiento (necesidad de preexistencia del órgano jurisdiccional).

4. La predeterminación del Tribunal ha de ser por ley, que es la que en definitiva señala cuál es el juez competente para entender del caso (normas de jurisdicción y de competencia).

Por lo expuesto, con la actual regulación va a desconocerse qué funcionario concreto del Ministerio Fiscal va a encargarse de la instrucción/investigación de un determinado asunto. Esto, en mi opinión, es inadmisiblemente lesiona, al menos, el derecho a un proceso con todas las garantías y genera una evidente inseguridad jurídica.

Es necesario modificar, una vez más, el Estatuto Orgánico para evitar esta indeseable situación, ha de quedar claro de forma patente, expresa y previa al inicio del caso qué Fiscal va a encargarse de cada instrucción/investigación sin que pueda ser cambiado o sustituido por otro, mucho menos con el asunto iniciado. Esto tampoco queda claro en el Borrador que no delimita estas cuestiones. Los partidarios del modelo me dirán que esta “flexibilidad” permite la gran ventaja de asignar los asuntos a Fiscales especializados⁷, en el caso de que esto fuera necesario, que cuentan con medios específicos para efectuar estas investigaciones, mi respuesta es

⁷ En realidad esta situación dista de ser ideal, como ejemplo puede aludirse a la Fiscalía Anticorrupción que únicamente se encarga del 20% de los procesos de este tipo, sí, es cierto que cuenta con medios materiales y personales especializados, pero según la última Memoria de la FGE asume únicamente 266 casos, encargándose las Fiscalías Provinciales del 80% de este tipo de asuntos, en condiciones precarias.

clara, también hay órganos jurisdiccionales especializados, por ejemplo, por la materia, sin que se quiebren los derechos fundamentales de los justiciables.

4.- ¿No existe exceso de funciones? Entiendo que sí. A las que ahora hay que añadir las recogidas en la reforma. En este punto comparto absolutamente las acertadísimas palabras de FAIRÉN: “Las funciones producen miedo, vértigo y conmiseración hacia quién se hunde bajo ellas.” Ha llegado el momento de redefinir estas, sin duda. De otro modo con la asunción de las nuevas tareas y responsabilidades es posible que de antemano la Fiscalía se vea colapsada y desbordada cuestión que debería preverse antes de la pretendida reforma ofreciendo una solución al respecto.

5.- ¿Es admisible desde el punto de vista de los derechos fundamentales que una parte del proceso (dependiente) investigue? En mi opinión, con la configuración y regulación legal actual, no. Sin duda, se quiebra de modo absoluto, la ya minusvalorada, igualdad de armas procesales entre las partes del proceso, por un lado, tenemos a una de ellas que cuenta con todos los medios oficiales e institucionales a su servicio y por otro, a la defensa que difícilmente va a poder alcanzar esa capacidad de investigar, lo que nos coloca en un modelo absolutamente diferente al que tenemos ahora.

Además, el Ministerio Fiscal aunque sea una parte debe cumplir con sus funciones y ser, al menos en la teoría, imparcial, con lo cual, vendrá obligado a ser igualmente exhaustivo en su investigación que el Juez de Instrucción, pues habrá de averiguar tanto los elementos de cargo, como los de descargo, esto sin duda, unido al necesario y férreo control del Juez de Garantías, eliminará, a mi juicio, una de las pretendidas ventajas del cambio de modelo, que será la celeridad, a pesar de que el Borrador se las prometa muy felices por el acortamiento de los tiempos, que en mi opinión resultan demasiado breves teniendo en cuenta el cúmulo de trabajo que va a asumir la Fiscalía, la actual plantilla de Fiscales (2400) y sus medios materiales.

IV.-INCONVENIENTES DEL CAMBIO DE MODELO. PROPUESTAS DE REFORMA.

1.- REFORMAS DEL ESTATUTO ORGÁNICO

A.- El Ministerio Fiscal debería ser independiente.

El Borrador, sin embargo, ve la dependencia como una ventaja, afirmación que no puedo compartir, en su Exposición de Motivos destaca: “Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que precisamente los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional.”

Ante esta aseveración mi respuesta es la siguiente: acaso, ¿el sometimiento a la ley y al derecho no garantiza la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional? Entiendo que rotundamente sí, que existe esta garantía, reforzada, además por nuestro sistema, manifiestamente mejorable, de medios de impugnación

Esto porque de afirmar lo contrario tenemos, en la actualidad, un gravísimo problema con los Jueces y Magistrados que son independientes y, lo seguiremos teniendo porque en la reforma se mantiene la intervención esencial del órgano jurisdiccional en el proceso penal, tanto en la fase investigación/instrucción como en la de juicio oral, como, no podía ser de otro modo.

Pero, recordemos en este momento, que para hacerlo, en su caso, independiente hay que modificar la Constitución... Imposible e impensable y, además, se necesita voluntad política... ¿Está dispuesto el Poder Ejecutivo a perder su influencia sobre la Fiscalía? Me parece que no.

Recordemos en este punto que no hay juicio más injusto que aquél que no debió iniciarse y hay un supuesto en el Borrador que, por lo expuesto hasta este momento, me preocupa especialmente, me refiero a cuando el Ministerio Fiscal dicta Decreto de apertura de las Diligencias de Investigación que sólo será notificado a la persona encausada, al ofendido y perjudicados y al denunciante, salvo en caso de declaración de secreto de las actuaciones.

Al dictar el Decreto de apertura de Diligencias de Investigación el Ministerio Fiscal solicitará la inscripción de la causa ante el Tribunal de Garantías que considere competente. El Tribunal de Garantías dictará auto de inscripción de la causa comunicada por el Ministerio Fiscal, salvo que no ostente jurisdicción o competencia, en cuyo caso dictará auto en el que se abstendrá de conocer y remitirá la solicitud del Ministerio Fiscal y su resolución al Tribunal que entienda competente.

Es decir, el Tribunal de Garantías viene obligado a efectuar la inscripción excepto por falta de jurisdicción o competencia, no tiene posibilidad de entrar en el fondo y de cuestionarse, por ejemplo, la naturaleza de los hechos o si estos son verosímiles o punibles o perseguibles.

Por lo expuesto, en el supuesto de que la conociera, claro, por no haberse decretado el secreto, esta decisión unilateral del Ministerio Fiscal no tiene posibilidad de ser recurrida por el encausado.

Lo que resulta aún más grave es que la decisión de apertura por parte de la Fiscalía, sin posibilidad, por lo expuesto, de control judicial, ni de recurso, puede ser desconocida para el encausado (y el resto de partes) si se

utiliza la institución del secreto que se prevé para situaciones excepcionales, reza el Borrador, si durante la fase de investigación, la causa se declara secreta, total o parcialmente, cuando el conocimiento de su contenido suponga un riesgo relevante para el esclarecimiento del hecho, el aseguramiento de fuentes de prueba o de las responsabilidades exigibles o la protección de la víctima.

La declaración de secreto la realizará el Ministerio Fiscal por decreto motivado, que no será susceptible de impugnación. En el plazo de diez días habrá de ser ratificada por el Tribunal de Garantías por auto, que podrá ser recurrido en apelación. Con lo cual, habrá al menos, en el mejor de los casos, diez días en los cuales una investigación iniciada a iniciativa de la Fiscalía, será secreta sin que el Juez haya controlado su contenido, no podrá hacerlo, ni siquiera la declaración de secreto, que de ser avalada por el Juez de garantías coloca, por lo expuesto, en una situación extraordinariamente lesiva al sujeto pasivo del Proceso Penal.

¿Qué sucedería, por ejemplo, si esa iniciativa unilateral de la Fiscalía, sin posible control judicial ni impugnación, para iniciar la investigación partiera, en realidad, del Poder Ejecutivo? En palabras de GARBERÍ LLOBREGAT que comparto absolutamente : “Y esta dependencia del Ejecutivo, esta ligazón jerárquica entre quien ostenta el Poder y el grupo de funcionarios que se encargarían de investigar los hechos punibles (y la consiguiente sospecha de que aquél pudiese llegar a ordenar a éste que oculte las vergüenzas de los propios y persiga las vergüenzas –reales o no- de los ajenos, con el fin de asegurar el prestigio de los suyos y de propiciar el descrédito de los adversarios) esta es, como se dirá, la causa esencial que, a nuestro modesto juicio, impide que las ventajas (también discutibles, como se verá igualmente) que se anudan a la implantación de la figura del “MF instructor” superen al grave inconveniente que supone la sospecha general de parcialidad capaz de generar dicha figura.” Queda poco más por decir.

Además de lo expuesto, el Borrador añade lo siguiente: “Digna de ser resaltada es, también, la integración de la policía judicial en la Fiscalía, un radical cambio de modelo que blinda la independencia de la investigación penal frente al poder ejecutivo.”

Una vez más reitero mis dudas, ¿independencia frente al poder ejecutivo cuando la Fiscalía es dependiente del mismo? Ahora será el FGE el que impartirá Instrucciones y Circulares a la policía. Pienso que la afirmación de la referida norma no es más que un brindis al sol, la dependencia va a ser la misma. Además pienso que es muy difícil conseguir este cambio de estructura, se me antoja hartamente complicado, entre otras cosas porque desde hace años se viene demandando una verdadera y necesaria Ley de Policía Judicial, hasta el día de hoy inexistente, que tal vez si ve la luz de manera paralela a la reforma prevista en el Borrador, y por el cambio expuesto tal vez, sólo tal vez...deba denominarse Ley de Policía Fiscal...

B.- Hay que redefinir sus funciones.

¿Cómo se interpreta en cada momento el interés público o general? Depende, en múltiples ocasiones, del interés particular del Gobierno de turno o de la coyuntura política..... Hemos visto algunos ejemplos reales de esta afirmación

2.- NECESIDAD DE MEMORIA ECONÓMICA.

Es evidente que una reforma de este calado no puede efectuarse a coste cero, habría que tener en cuenta el gasto presupuestario que supondría para las arcas públicas, dinero éste que no existe hoy en día, debido a la actual situación de crisis económica y que de existir, en mi opinión, debería de estar encomendado a otros menesteres.

Como bien indica DE LA OLIVA SANTOS: “Ni por número de sus miembros (número que ningún aumento de plantilla, dotación económica y cambio legal más activación de repetidos mecanismos de provisión, etc., puede modificar a medio plazo), ni por formación, mentalidad y hábitos profesionales, considero simplemente posible que funcione de modo aceptable, a corto y medio plazo, un nuevo proceso penal en que desaparezcan los Juzgados de Instrucción y la fase jurisdiccional de instrucción del proceso penal y, en cambio, el Ministerio Fiscal asuma (sin abandonar su función de parte en el equivalente a la actual fase de juicio oral) el papel de director de la investigación policial, promotor de medidas judiciales restrictivas de derechos fundamentales y otros "roles" de impulso y desarrollo del procedimiento...”

3.- INCREMENTO DE MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES.

Imposible, a mi juicio, en la actualidad. En mi opinión, el número de Fiscales existente, unos 2.400, no permite dicho cambio. ¿Sería necesaria una reasignación de medios personales? Es decir, ¿habría que convertir a un buen número de Jueces de Instrucción en Fiscales Instructores? Entiendo que esto no sería posible en la práctica por quebrantar los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

Pero, por un lado, nos encontraríamos con una plantilla de Fiscales insuficiente para asumir el incremento de funciones y por otro, con que un buen puñado de Jueces de Instrucción no tendrían tareas que hacer porque su número excede de los que serían necesarios para cubrir, en su caso, la futura planta de Jueces de Garantías. ¿Qué hacer en estos momento de crisis económica dónde la práctica totalidad de oferta de empleo público está congelada?

Por no hablar, en otro orden de cosas, de las instalaciones de algunas Fiscalías. Que, sin duda, no son aptas para lo que se prevé en el Borrador.

4.- CAMBIO DE MENTALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL Y DEL JUEZ INSTRUCTOR.

Tarea, una vez más, que se me antoja harto difícil. La gran pregunta es si quieren los Fiscales instruir, yo tengo serias dudas al respecto, al menos en la situación actual. Una cosa es lo que expresen los responsables de las diversas Fiscalías, en lo más alto de la pirámide, en sus declaraciones públicas y otra el sentimiento en “petit comité” de los Fiscales Provinciales. Lo que me lleva a plantear, ¿se puede imponer una reforma en contra del que debe aplicarla? Pienso que la respuesta es un rotundo no, hay que contar con su total acuerdo y con su opinión profesional.

V.- CONCLUSIONES.

A mi juicio, y tal y como he desgranado motivadamente durante esta exposición, la implantación de la figura del Ministerio Fiscal instructor posee más inconvenientes que ventajas, que, además, considero que pueden ser obtenidas mediante otro tipo de reformas puntuales sin necesidad de dar un giro copernicano al modelo.

Soy de la opinión de que con el actual diseño de dependencia del Ministerio Fiscal no se puede propugnar, en ningún caso, el atribuirle la investigación/instrucción.

Lo cual nos llevaría a la paradoja de tener que efectuar reformas de enorme calado, entre otros, en su Estatuto Orgánico- y en la propia Constitución-, en el sentido que he ido apuntando, para pasar a un Ministerio Fiscal independiente, con la finalidad de evitar la actual, real, demostrada y perniciosa influencia del Gobierno en este órgano.

Si obrásemos así, se genera un absurdo. Tendríamos un “Ministerio Fiscal instructor independiente” inútil; porque mantendría el diseño actual, cambiando el Juez de Instrucción independiente, por el Fiscal instructor independiente, cuestión innecesaria que no permite ventaja alguna. Con lo cual la reforma de modelo sería, a todas luces, un absoluto fracaso.

En resumen, y contando con que, además, en mi opinión, no podemos mantener, si pretendemos que investigue/instruya, el principio de dependencia como consustancial al MF instructor, hay que destacar, por lo expuesto en el párrafo anterior, que de convertirlo en independiente dejaría vacía de contenido la propuesta de reforma apuntada en el Borrador analizado.

Por tanto, y finalizo, si no queremos mantener el actual modelo y deseamos pasar a Ministerio Fiscal Instructor, pero esto es imposible, en mi opinión, por la ya referida, hasta la saciedad, dependencia, pero de convertirlo en independiente llegamos a una situación, por lo expuesto en líneas precedentes, absurda, ¿cuál es la solución?

Tal vez sea otra, siguiendo a SERRA: “Si las funciones actualmente atribuidas al juez instructor se atribuyeran a una categoría determinada de funcionarios, judiciales o no, sin más funciones que las investigadoras. Sólo así podría evitarse que en la práctica la verdadera instrucción no la desarrollen ni el Juez ni el Ministerio Fiscal.

II. REFORMAS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FUTURA REGULACIÓN DEL PROCESO PENAL¹

Dra. Dña. ISABEL HUERTAS MARTÍN
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Muchas gracias Pablo en tu condición... tu doble condición de moderador y coordinador de esta jornada, agradecimiento que por supuesto hago extensivo a esta facultad, al decano, al área de derecho procesal, principalmente al Sr. Álvarez Alarcón, y, por supuesto, a la directora del curso, Isabel Villar. En mi exposición, como acaba de decir Pablo, se basa o tratare de analizar el futuro de los derechos fundamentales en la regulación procesal penal aunque en función del tiempo del que dispongo me voy a dedicar a hacer consideraciones generales porque además en la sesión de la tarde sin duda se va a profundizar sobre la cuestión y sin ir más lejos a continuación mi compañero el profesor Martín Diz nos ilustrará sobre el derecho a la asistencia letrada. Bien los nuevos proyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal afectan a diversos derechos fundamentales que alcanzan a... a la libertad, a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones y en general también al conjunto de derechos y garantías del artículo 24.2 de la Constitución con especial significación del derecho a la defensa y a la asistencia letrada, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y se ha hecho también referencia, al menos en las declaraciones públicas que han acompañado a la reforma, al derecho a la presunción de inocencia. En este sentido, y precisamente para evitar cualquier sombra sobre

¹ Este texto se corresponde con la transcripción de su intervención obtenida de vídeo de la Jornada.

este derecho, se ha determinado la oportunidad de suprimir cualquier referencia a la palabra imputación o imputado. El imputado pasa a denominarse investigado y el acusado será encausado. La exposición de motivos fundamenta este cambio en la finalidad, dice textualmente, de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de estas expresiones, habiendo llegado incluso a afirmar el Ministerio de Justicia, tal vez el Ministro de Justicia mejor dicho, tal vez en un exceso verbal que el uso social de este término puede estar violentando el principio constitucional de presunción de inocencia. Pues bien sobre ellos señalar en primer lugar que frente a los casos que ahora copan los medios de comunicación, esto es, los que afectan a determinados tipos de delitos y determinados tipos de persona, en general los que afectan a la corrupción, hasta el momento no había preocupado tanto esos efectos estigmatizadores en relación con el delincuente digamos común en cuanto que ajeno a los círculos políticos, financieros o empresariales. A nadie se le escapa por otra parte que más pronto que tarde esa... la sociedad y los medios de comunicación establecerán nuevamente la relación de equivalencia entre los nuevos términos y los que hasta ahora venimos empleado. Y la supuesta benignidad del cambio terminológico en fin queda empañada porque en mi opinión con la supresión de la palabra imputado se diluye un cierto... un cierto... de cierto modo un específico estatus procesal sin que en mi opinión se obtenga ventaja alguna más allá de esa dudosa y en todo caso efímera evitación de esas connotaciones de que habla... connotaciones negativas de que habla la exposición de motivos. Por lo demás esa palabra investigado, al menos desde mi personal visión, encierra unas generalidades digamos nada tranquilizadoras. La imputación al menos trasmite más patentemente que se atribuye la comisión de un delito determinado a una persona determinada. Y la palabra investigado no delimita muy bien a que o a que está sujeto que investigación si es demasiado general o por lo menos como digo no está... no está delimitado. Puede sugerir una investigación

global que como digo es bastante perturbadora. Bien la reforma se dirige asimismo a... a, dice la exposición de motivos, la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas, para ser más exactos habría que decir o mejor decir dilaciones sin más desde el momento en que la doctrina del Tribunal Constitucional ha fijado como parámetro interpretativo para la determinación de la lesión o no lesión de este derecho los márgenes ordinarios de la duración de los litigios del mismo tipo. A este fin de agilización de la justicia penal y la evitación de esas dilaciones, indebidas o no, dependiendo, van destinadas diversas medidas. En primer lugar la regulación de los delitos conexos. La reforma supone realmente la pervivencia de los cinco supuestos tasados vigentes al tiempo que señala otros dos con la particularidad de que el actual supuesto quinto referido a relativos a diversos delitos análogos o relacionados que se imputan a una misma persona, pues bien, en este caso, en la vigente regulación, este supuesto de conexión es apreciado.... es apreciable de oficio y pasa... pasaría a ser un supuesto casi idéntico que sin embargo requiere la previa solicitud del Ministerio Fiscal. Haciéndose depender también de la excesiva complejidad o dilación del proceso, causas estas que determinan en general que cualquier delito pueda ser enjuiciado por separado. De este modo esa cierta taxatividad o la aparente taxatividad mejor dicho de la regulación de los delitos conexos se diluye o resulta... resulta dejada a un lado cuando es conveniente, como digo, por causa de complejidad o dilación presupuestos por otra parte que son bastante complicados de determinar. En segundo lugar los atestados policiales que se queden si autor conocido se quedarán en Comisaría. Esta exposición parece positiva porque se evitará al menos el papeleo pero también cabe entender desde otro punto de vista que de lo que se trata es de contribuir a la conveniencia estadística y a relajar el control y la decisión judicial. Aunque también es cierto que del anteproyecto al proyecto se han introducido la necesidad de remisión a la autoridad judicial de delitos

especialmente relevantes. Y en tercer lugar dentro de este mismo apartado de agilización del proceso se limita la duración de la instrucción a seis meses salvo que a solicitud del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes el instructor declare que la instrucción es compleja. En ese caso el plazo se amplía a dieciocho meses prorrogable en iguales cond... circunstancias por un plazo igualo inferior. La necesidad de previa solicitud del Ministerio Fiscal en el modelo procesal actual es hasta que no se produzca en su caso y vemos que no es una cuestión exenta de polémica y lo hemos visto en la mesa anterior hasta que no haya una reforma en su caso, como digo, de la estructura del proceso penal carece de sentido, de utilidad y resulta hasta absurdo. Es el juez de instrucción quien lleva la dirección de la investigación y, por tanto, quien mejor conoce el tiempo que necesita y establecer que sea el fiscal y quien ostente en régimen de monopolio esa capacidad de pedir, de solicitar, que se acuerde la ampliación del plazo resulta, en mi opinión, un desatino. Por otra parte, resulta claro que el hecho de acortar... o y de acotar... no acortar no... sobre el papel igual sí pero no, no lo sé. Como digo el hecho de delimitar los plazos de la instrucción sin que se vaya acompañado de otras medidas no es sino un elemento perturbador dentro del proceso penal. Es decir, a nadie se le escapa, todos estamos de acuerdo, que una justicia que no se otorga en un plazo razonable no es justa pero esta medida ha de ir acompañada de otras para que no se produzca una merma en los fines del proceso penal. Pues bien en sentido contrario el pre legislador se encarga de asegurar, ver sendas disposiciones adicionales sobre previsión de costes, que las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal, no acompañándose tampoco una memoria económica, con lo cual la reforma se supone que se va a hacer a coste cero. Es decir, la medida estrella para combatir la corrupción, que es limitar los tiempos de la instrucción no va a ser dotar de más medios a policías, a fiscales y a jueces sino poner trabas. La ausencia de un incremento

de las dotaciones presupuestarias acorde con los nuevos plazos temporales permiten en definitiva pensar que en un futuro muy próximo los nuevos plazos van a tener igual eficacia que la actualmente en vigor para el sumario, es decir, ninguna. Y por otra parte esta reforma trasluce que la duración del proceso, la excesiva duración del proceso se debe a la indolencia de los jueces, cuando a nadie se nos debe escapar que el presupuesto para justicia ha bajado en los últimos años y la ratio de jueces por habitante en España es ostensiblemente inferior a la media del continente europeo. Pero efectivamente resulta que no, que no se ponen más medios sino que se ponen más trabas y se facilita que sea el fiscal quien decida en que casos se deberán dar y en cuales no. Destacar finalmente en este punto que la regulación propuesta supone además invitar a jugar con el tiempo, es decir, poner obstáculos se va a convertir en un arma legítima para el acusado y para su defensa sin que por otro lado se prevea en este sentido cómo afectará al trascurso del plazo el tiempo que tarden en resolverse los previsibles recursos ya que no se regula expresamente el posible efecto interruptor de estos... de los recursos. Paradójicamente además, por si fuera todo esto poco, no se... no se contempla la posibilidad de establecer una... una correspondencia entre los plazos de la instrucción y los plazos de duración algunas medidas limitativas de derechos que pueden llegar hasta los dos años. Y da también lugar a resultados paradójicos la regulación cruzada entre por una parte los delitos conexos y la excepción de complejidad y por otra la posibilidad de prórroga atendiendo precisamente a ese mismo elemento, a la complejidad de la causa. Poco que decir, a parte que ya se ha hecho referencia esta mañana, sobre el proceso de aceptación por decreto del que la exposición de motivos dice que se introduce un modelo de probado éxito en el derecho comparando instalando un mecanismo de aceleración de la justicia penal sumamente eficaz, dice, tal vez... bien no creo yo que se vaya a cumplir este plausible objetivo porque su ámbito de aplicación está limitado a un número muy reducido de

tipos penales y además se solapa con el modelo ya vigente de conformidad premiada sin que se introduzca en este caso ninguna ventaja, ningún tipo de incentivo para que... que opere para la aceptación de ese decreto. Entrando ya en el campo de los derechos fundamentales del artículo 18 hay que decir que eliminada la posibilidad que se... que se apuntaba al inicio de la reforma y que se cogía... se recogía, se contenía en el anteproyecto de la posible limitación de derechos fundamentales sin autorización judicial en supuestos que quedaban extramuros del texto constitucional la regulación que ofrece el proyecto sigue presentando no obstante luces y sobras. Es indudable que en lo referido, también se ha comentado esta mañana, que en lo referido a las medidas de investigación, la Ley de Enjuiciamiento Criminal es donde ha quedado más obsoleta y la regulación que venía... la regulación no, las pautas que venía dando... dando la jurisprudencia tenían que acogerse en una regulación legislativa. De hecho, por ejemplo, en la reciente sentencia 145/2014 del Tribunal Constitucional se ha referido a la insuficiente regulación legal de la intervención de las comunicaciones telefónicas y al vacío legal imposible de suplir en este caso en el ámbito referido a las escuchas ambientales. En esta sentencia se declaró vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente en amparo por falta de habilitación legal en la intervención que había estado judicialmente acordada, eso sí, de las conversaciones del recurrente cuando estaba detenido en los calabozos policiales. Esta... esta sentencia probablemente también haya urgido al legislador a que no demore esta nueva regulación. Bien esta futura normativa entonces supone uno de los aspectos más positivos de la reforma con independencia de que se esté o no de acuerdo con el concreto desarrollo legislativo propuesto. De esta regulación puedo reseñar ahora en primer lugar que la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica no sufre apenas modificación excepto para una nueva relación... redacción al artículo 79, limitado únicamente a esta medida, que exigirá autorización judicial y en

caso de urgencia del Ministro de Interior o del Secretario de Estado de Seguridad, previsión ésta que se repite posteriormente para la intervención de las comunicaciones a parte de incluir otros puntos claro está para integrar las lagunas de la ley vigente. Sobre ello comentar que se hace difícil justificar la adopción de estas medidas de investigación tan limitativas de derechos fundamentales por miembros del poder ejecutivo aunque se trata como sabemos de una norma heredada del legislador precedente, es decir, vigente en la actualidad. Resulta difícilmente concebible hoy en día que la disponibilidad de un Ministro, de un Secretario de Estado, sea mayor que la de un juez de guardia, figura independiente e imparcial, por lo que en mi opinión esta excepción a favor del ejecutivo resulta infundada. En segundo lugar se incorpora ex novo la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos a que me acabo de referir más sencillamente como escuchas ambientales. Esta es una diligencia que implica una relevante afectación cualitativa y cuantitativa de derechos fundamentales y los presupuestos previstos para su utilización la hacen difícilmente compatible con el principio de proporcionalidad. Sería aconsejable entonces que en la norma se estableciese con mayor concreción los delitos que siendo graves pueden ser objeto de esta medida y esto se hace más patente aún en los casos en que las escuchas se ponen en un domicilio porque en mi opinión esta es una de las medidas de mayor injerencia que el Estado puede adoptar. Asimismo quizás sería conveniente también introducir algún tipo de cautela como se apuntaba en la circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado haciendo... haciéndose eco de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que decía la circular textualmente no sería lícita por contraria al derecho a confesarse culpable, la utilización de un compañero de celda en connivencia con la policía para provocar la confesión y grabarla. En tercer lugar también es de nuevo cuño la regulación de utilización de dispositivos técnicos de

seguimiento, localización y captación de la imagen. De esta diligencia destacar que el legislador... el pre legislador ha prescindido de toda mención del ámbito material de los delitos en que puede ser adoptada sin hacer tampoco referencia alguna a la gravedad exigible en los mismos. Por otro lado, el plazo inicial de autorización, tres meses, quizás debería ser más breve y la prórroga sólo posible en delitos especialmente graves. En este punto el informe del Consejo General del Poder Judicial alude a una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en que se tachó de desproporcionada una geo vigilancia mediante GPS instalado en un vehículo por un período de veintiocho días, veintiocho días y estamos hablando de que el plazo inicial previsto en la ley es de tres meses. Y respecto del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información lo singular y desde luego adecuado del precepto es la delimitación entre la aprensión de los dispositivos, por un lado, y el acceso a la información contenida en los mismos, de otro, que exige una específica autorización judicial. Está claro que los derechos a la intimidad y eventualmente al secreto de las comunicaciones no puede quedar absorbida por la protección constitucional del domicilio. Finalmente se estrena también la regulación de los registros remotos sobre equipos informáticos. Para la adopción de todas estas medidas excepto para la detención y la apretura de la correspondencia el legislador especifica que el juez, indicación que por cierto no se hace, ni ninguna otra, cuando estas medidas las adopta el ejecutivo, decía que el legislador especifica que el juez ha de acordarla con plena sujeción dice a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, mediadas que además... principios que además luego se entremezclan con otros al regular cada medida en particular y que se entremezclan también con el vigente 363 en materia de obtención de ADN donde habla de proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, se introduce así un maremágnum de principios que pueden dar... ser fuente de problemas. Pero en sentido contrario esta nueva previsión expresa de principios no se ha

extendido sin embargo a las diligencias de entrada y registro, ni a la detención y a la apertura de la correspondencia. Esto sin duda no nos debe llevar a concluir que no sean de aplicación a las mismas si bien resulta ciertamente perturbadora esta omisión del legislador. En suma, en un afán tal vez de colmar o de saturar de ciertas garantías la nueva regulación se ha preterido la vigente. Tales especificaciones, que además el legislador añade con sus correspondientes y no poco confusas definiciones, por lo demás no resultan absolutamente necesarias en tanto en cuanto se desprenden de la propia Constitución y de la protección y de la proyección mejor dicho del principio de proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales. Para concluir me voy a referir muy... muy someramente al derecho a la doble instancia penal y es que continuando con el camino que se inició en el plano orgánico en el año 2003 parece que se consuma con la reforma actual en este caso en el plano procesal, la generalización de la segunda instancia en el ordenamiento procesal español. Junto a ello se trata de plasmar la doctrina que con origen en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido manteniendo o se ha venido manteniendo desde la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con la valoración de la prueba personal para la revocación de una sentencia absolutoria o agravatoria de la impuesta en la instancia. Para ello no se añade como parece que venía reclamándose por algunas Audiencias y veladamente en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, un nuevo motivo de práctica de la prueba en la segunda instancia sino que a tenor del proyectado artículo 792.2 en tales casos procede la anulación de la sentencia recurrida y su devolución al órgano a quo para en su caso celebrar un nuevo juicio. Finalmente señalar que se incorpora al ordenamiento español una vía para... para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando España resulta condenada. Esto resultaba sumamente conveniente y viene a dar además

cobertura legal a los acuerdos que conocemos y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia. En mi opinión, no obstante, no debería limitarse la remisión a la resolución objeto de recurso ante el Tribunal Europeo ni y al que fue demandante en dicho proceso porque no se debe excluir que el pronunciamiento del Tribunal Europeo tenga efecto más allá de esos límites objetivo y subjetivo, cuando además en nuestra propia regulación en el ámbito de la casación y, por ende, en el ámbito de la legalidad ordinaria y no ya en la reparación de la vulneración de un derecho fundamental, como sería el caso, como sabemos se reconoce la extensión subjetiva de la sentencia estimatoria al resto de los penados. Muchas gracias.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL¹

Dra. Dña. INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Bueno lo primero muchas gracias Pablo por tu presentación fruto sin duda de la amistad más que de otras cuestiones. Bien pues no sólo quiero agradecer a Pablo por sus palabras sino también indicar que es un placer estar aquí con todos ustedes, con todos vosotros y agradecer también a la facultad de derecho como no en la persona del decano de la misma de la Universidad de Cádiz y también a todos los organizadores de esta jornada al profesor Álvarez Alarcón, a la profesora Isabel Villar, a Pablo, que son bueno pues estupendos profesionales y sobre todo también buenos amigos desde hace bastante tiempo sobre todo no quiero decir cuanto con el profesor Arturo pero ya desde su época que estuvo... bueno desde antes de que estuviera en la Universidad de Salamanca allá por el principio de los años noventa que estuvo ahí unos años de profesor titular en la Universidad de Salamanca así que reitero que es un placer y quiero agradecer bueno pues toda su... todo su papel, su organización y el hecho de que pueda estar yo aquí. Bien como os he indicado yo me voy a referir a la prisión provisional, aspectos problemáticos de la prisión provisional presente y luego vamos a ver también bueno pues algunas pinceladas qué se podría hacer o cómo podría quedar en el futuro. Si nos damos cuenta la prisión provisional es una de las instituciones pues que genera mayores problemas en el proceso penal. Es una institución que desde siempre no es una cuestión actual desde un primer momento ha generado

¹ Este texto se corresponde con la transcripción de su intervención obtenida de vídeo de la Jornada.

pues toda una serie de... de problemática. Lo hizo y lo sigue siendo ahora. Y no sólo para los procesalistas y no sólo para el legislador sino que la sociedad en general pues se encuentra preocupada por estas cuestiones, por todo aquello que afecta a la prisión provisional. Y no sólo en nuestro país, esto es algo que sucede en todos los países. Realmente el.. la prisión provisional es una medida muy dura. Se han buscado desde siempre alternativas a la prisión provisional. Alternativas para evitar precisamente lo que supone la misma. Alternativas para que se prive, para que se logre evitar que se prive de libertad a una persona cuando todavía no ha sido juzgada, es decir, evitar que una persona por meros indicios, es decir, todavía no ha tenido lugar el juicio oral, no se ha practicado la prueba, no se ha tomado una decisión, no se ha condenado a esa persona. Entonces simplemente por meros indicios de que ha podido cometer un delito se puede someter a una persona a prisión provisional. Entonces lo que se intenta es buscar otras vías que no sea esta medida tan grave. Bien cuando hablamos de la prisión provisional pues nos encontramos con una disyuntiva. Por una parte existe el deber estatal el deber que tiene el Estado de perseguir el delito, pero por otra parte también existe también el deber también del Estado, el deber estatal, de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano. Chocan los dos. Entonces hay que encontrar una solución cuál es la opción mejor, cómo regular este problema. Es un problema tratado reiteradamente por la jurisprudencia constitucional y realmente la solución al mismo pues no es sencilla existen grandes dificultades a la hora de tener que resolver esa problemática, a la hora de tener que tomar una decisión al respecto. Por todo ello si nos fijamos en como ha sido regulada la prisión provisional ha sido similar en otros muchos países nos fijamos ahora en la situación española desde hace muchísimo tiempo atrás, desde el siglo XIX, siglo XX, hasta ahora, pues vamos a ir viendo que siempre esta materia ha sido objeto de cambios constantes debido a esta problemática que acabo de apuntar. Es una de las instituciones que ha sufrido mayores

cambios, como digo, en nuestro ordenamiento. Entonces, debido a lo que os acabo de decir, pues la regulación de esa institución, la regulación de la prisión provisional, solamente podemos verla, solamente podemos entenderla, desde esa perspectiva que os pongo en la diapositiva, desde esa perspectiva garantista y delimitadora. Deben respetarse todas las garantías procesales, deben respetarse todos los derechos fundamentales a la hora de regular esta institución. Por lo tanto perspectiva garantista y limitadora. Por ello, consecuentemente, la regulación de la misma, la configuración de la prisión provisional pues tiene que partir de que realmente existan unos indicios racionales de criminalidad. Luego la prisión provisional debemos entenderla, debe regularse, debe ser concebida como una medida siempre excepcional y muchas veces esto se olvida, se olvida por los procesalistas, se olvida por... incluso por el legislador, se olvida incluso a veces por los órganos que tienen que aplicar la ley y que tienen bueno pues que llegar a tomar esta decisión. Entonces un dato básico es considerarla como una medida excepcional, supe excepcional incluso se podría decir, una medida subsidiaria, necesaria, sí, pero proporcionada a la consecución de todos esos fines. ¿Cuáles son los problemas después de los que... de los que hemos dicho los problemas que plantea la regulación de la prisión provisional?. Bueno pues aquí si os dais cuenta hay unos cuantos que no son los únicos pueden existir otros muchos más problemas, por enumerar, bueno pues cuales son los presupuestos o por indicar algunos de los importantes que ya os digo que no están todos, cuáles son los presupuestos de la prisión provisional y sus fines. Estamos ante una medida cautelar, diréis, sí es una medida cautelar, una medida cautelar personal, vale, pero ¿es una medida cautelar personal sólo o es algo más?, ¿se utiliza como medida de prevención? O por ejemplo también si a la hora de regular la prisión provisional y de ponerlo en la práctica se ha garantizado el principio acusatorio, el principio de contradicción, el derecho de defensa y, correlativamente con ella, si también se ha garantizado la imparcialidad

judicial, y todo ello con relación a un aspecto al que luego nos vamos a detener un poquito más que es el de la audiencia previa preceptiva para poder adoptar la prisión provisional. Más cuestiones, ¿qué pasa con el derecho a la presunción de inocencia, derecho fundamental?, ¿cuál debe ser la duración máxima de la prisión provisional?. Porque ahora mismo tenemos una prisión provisional que tiene una duración yo creo que demasiado... demasiado elevada. O el tiempo que ha pasado cautelarmente en prisión provisional cómo se debe computar. Esa persona que ya ha sufrido y ha estado privada de libertad bueno pues ese tiempo se le tiene que computar, ¿cómo se debe hacer?. O es indemnizable, por ejemplo, una persona, imagináros la situación, que ha sido sometida, que ha sido privada de libertad, sometida a prisión provisional y luego resulta que es absuelta, ¿es indemnizable por ese tiempo que ha estado sujeta a prisión provisional privada de libertad?. Como os digo estas son algunas pero pueden surgir otros muchos problemas con respecto a la prisión provisional. Vamos a ver algunos de ellos. Por ejemplo los presupuestos y los fines de la prisión provisional. Decíamos que si es una medida cautelar o es algo más y que ocurriría relacionado también con ello con el derecho a la presunción de inocencia. Bien no me voy a detener aquí ahora primero porque no hay mucho tiempo y porque seguro que ya también lo sabéis. Es una... decimos que es una medida cautelar, personal, entonces bueno pues todos los presupuestos predicables de las medidas cautelares pues también son predicables de la prisión provisional: el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, y luego tan importantes principios como el de legalidad, provisionalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad, pero esto que es predicable de la prisión provisional a veces nos encontramos con la dificultad de que esta medida que hemos dicho que teóricamente es una medida cautelar, una medida provisional o transitoria de aseguramiento del proceso penal, pues realmente ha derivado en algo más realmente se ha convertido en una condena por adelantado. Entonces se ha desvirtuado la esencia o la razón

de ser de la prisión provisional. Se ha desdibujado esa naturaleza cautelar de la prisión provisional porque en definitiva lo que ha pasado es que se está convirtiendo o se ha convertido en una ejecución anticipada de la pena. En cuanto a otros de los problemas que mencionábamos. ¿Cómo se ha venido garantizando pues el principio acusatorio, el de contradicción, el de imparcialidad?, ¿qué papel ha tenido en todo ello la audiencia previa preceptiva?. Bueno pues hasta el año 1995, si nos fijamos en el proceso penal español, los jueces, los órganos jurisdiccionales españoles, pues podían decretar de oficio todas las medidas cautelares que les parecieran oportunas y dentro de todas esas medidas cautelares está incluida la prisión provisional. Qué es lo que ocurre, bueno pues en el año 95 se aprueba la Ley Orgánica del tribunal del jurado y por una vía indirecta no se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal sino es con la Ley del tribunal del jurado pues se introduce una reforma en este aspecto. Entonces, a partir del año 1995, pues se entiende que para que los...o se regula directamente que para que los jueces puedan decretar la prisión provisional tiene que haber una audiencia previa a las partes y las partes tienen que solicitar esa medida cautelar. Entonces inspirándose en ese principio acusatorio, también en el principio de contradicción y en el derecho de defensa pues se introduce el artículo 504 bis dos y se modifica también en este sentido el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con respecto a esta audiencia previa bueno pues la verdad es que la doctrina se ha mostrado diferente en cuanto a su valoración, ¿no?. Entonces hay unos autores que entienden que es muy positiva. Se han valorado desde un aspecto realmente positivo. Que ha sucedido. Bueno pues que también existen otros muchos autores, un amplio sector doctrinal, que realmente la han criticado, lo ponen en tela de juicio y dicen que es preferible el sistema anterior, el régimen que llaman de contradicción diferida, es decir, el juez puede adoptar la prisión provisional y si las partes no están de acuerdo pues luego se puede diferir, es decir, luego tienen la vía de recurso para

mostrarse bueno pues en desacuerdo con respecto a esa medida. Y los que así están totalmente en desacuerdo es porque creen que si existe esa audiencia previa pues el secreto, las medidas que se pueden tomar pues a lo mejor no son tan efectivas. Bien sin detenerme mucho más como os digo por el tiempo siguiendo un poco la evolución del legislador llegamos a la Ley Orgánica 13/2003 en la que aunque modificó algunas cuestiones pues mantuvo esta comparecencia previa. Hemos dicho ya aquí, se ha comentado pues por casi todos los profesores o ponentes que me han precedido en el uso de la palabra, que estamos inmersos en un proceso de reforma. Hay pues bueno varias leyes en curso, en la diapositiva bueno pues me refiero al Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y también al proyecto de Ley Orgánica que sobre este asunto bueno pues no recogen ninguna modificación porque no regulan en concreto esta materia y si nos fijamos en el Código Penal Procesal que no sabemos que sucederá con él, probablemente a lo mejor se quede en papel mojado o a lo mejor salga adelante, no lo sabemos, pero lo que sí que hace es recoger también esta preceptiva audiencia. Yo sólo os quiero apuntar bueno pues esa problemática que existe sobre la virtualidad o no, sobre el hecho de que con esta audiencia se respete ese principio de contradicción, acusatorio, etc. Lo que se manifiesta por muchos autores es que efectivamente el principio acusatorio, el de contradicción, son básicos, se tiene que respetar, pero no están de acuerdo todos en que la vía tenga que ser inexcusablemente la de esta audiencia previa. Luego yo por lo tanto lo dejo ahí apuntado. Más problemas que pueden darse. Cuál debe ser la duración máxima, por ejemplo, de la prisión provisional, o si el tiempo que se haya pasado en prisión bueno pues como se puede computar o abonar. Bien ya parto de la base, ya mencioné antes, que la duración de la prisión provisional me parece excesiva. En la pantalla bueno pues aparece un poco las... la última evolución porque ha habido muchos cambios con respecto a ello. Por ejemplo, en la reforma del 2003, pues fijaros que la prisión

provisional podría llegar hasta cuatro años, es decir, un año si el delito tuviera señalado pena privativa igual o inferior a tres años, dos años de prisión provisional si fuera superior, incluso luego se puede prorrogar si os dais cuenta hasta dos años más, dos más dos cuatro años puede estar sujeto una persona a la prisión, privada de libertad, sin ni si quiera haber sido condenado. En el Código Procesal Penal que ya hemos dicho que no sabemos que va a pasar con él, bueno pues sí hay algunos cambios pero de todas formas también la duración entiendo que sigue siendo bastante exagerada o me parece quizás excesiva. En cuanto al Código Procesal Penal sí se refiere también bueno pues al abono, lógicamente el tiempo que haya pasado en prisión se tiene que abonar dentro de ese procedimiento pero también incluso se llega a plantear que se pueda abonar ese tiempo de prisión preventiva pues en causas distintas. Como conclusión, como idea clara que me gustaría que os llegara, es que yo creo que a nadie le gusta la idea de que exista la prisión provisional. Seguro que si se pudiera evitar por otra fórmula en... no sólo en España sino en todos los países se haría, pero como no hemos dado con esa fórmula pues entonces entendemos que es un mal necesario. Bueno lo deseable sería que no se sujetara a prisión provisional a una persona si todavía.... existiendo esa presunción de inocencia y si todavía no ha sido condenada, pero ya que no hay otras posibilidades bueno pues vamos a intentar regular ese mal necesario de la forma más conveniente posible. Entonces el problema de la prisión provisional no es tanto el de que exista sino el de cómo se regule. Y en este sentido pues por eso lo pongo en mayúscula también en la diapositiva sobre todo en la regulación la de ahora, la que tengamos en un futuro, siempre decantarnos por ese respeto escrupuloso a las garantías constitucionales y a los derechos fundamentales de la persona. Nada más. Muchas gracias.

DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL: RECOMENDACIONES DESDE LA UNIÓN EUROPEA¹

Dr. D. FERNANDO MARTÍN DIZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
(Acreditado para Catedrático)
Universidad de Salamanca

Bien, buenos días, casi ya buenas tardes por la hora que es. Yo prometo ser breve, intentar no aburrir, ni cansar y ceñirme a las ideas que traigo o a una docenas de ideas que son recomendaciones de la Unión Europea que afortunadamente considero que nuestro país para cumplir esta directiva no va a tener que hacer grandes esfuerzos porque la mayoría de estas recomendaciones ya las tiene dentro de su regulación actual e incluso con regulación de inminente publicación como puede ser el Proyecto de reforma de la Ley Orgánica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para trasponer la directiva de traducción y la directiva de derecho de información del acusado que anoche mismo veía en la página del Congreso que ha sido ya aprobada definitivamente en el Congreso de los Diputados el día 22 con lo cual va a salir en el BOE en estos días. En cualquier caso, antes de entrar en materia, nobleza obliga y por supuesto hay que felicitar a quienes hacen esto posible no porque yo sea el último de la mañana y todo el mundo lo haya dicho y yo tenga que hacerlo pues lo hago desde luego con menor efusividad. Felicidades a Arturo, a Isabel y a Pablo por el trabajo desarrollado, por esforzarse en llevar a cabo una convocatoria que con el respaldo del decanato y la presencia del decano de la facultad avalando el rigor y la experiencia de esta jornada

¹ Este texto se corresponde con la transcripción de su intervención obtenida de vídeo de la Jornada.

pues podéis disfrutar todos y todas los que nos acompañáis aquí ahora mismo. Yo insisto, por las experiencias que yo he tenido en este campo, que organizar cosas no es fácil, que no se ve lo que hay detrás, que no es grato y, por tanto, creo que en ese sentido merecen además de haber aunado aquí a compañeros de distintas universidades, a profesionales de Jerez y de la provincia, merecen nuestro reconocimiento. Sin más entonces entro en las cuestiones evidentemente por la perspectiva de mi presentación yo me voy a centrar en la Directiva 2013/48 de la Unión Europea que es la que regula el derecho a la asistencia letrada y luego al final de la exposición en la última diapositiva pues daré una pequeña repercusión actual y alguna idea de futuro que insisto y ya desde el primer momento sitúo que creo que España en líneas generales no va a ser una directiva que le va a suponer grandes esfuerzos transponer. Ojo, eso no significa que esto sea sencillo porque tocamos fibras sensibles del proceso penal, tocamos fibras sensibles como es uno de los derechos fundamentales de nuestro proceso penal que es la defensa en su vertiente de la asistencia letrada derecho que tiene reconocimiento a nivel europeo y esa es la herramienta que maneja la directiva para decir nosotros también queremos trabajar en este sentido en esta unificación procesal penal que llevamos años trabajando en cuanto que nuestra carta de derechos fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 48 el derecho a la asistencia del letrado. Todo sobre algo que en materia de cooperación procesal penal de la Unión Europea es redundante que es la confianza mutua. Personalmente he creído que la verdadera idea que tiene la Unión Europea, a medio y largo plazo, es que los procesos penales de los estados miembros sean prácticamente uniformes y el primer paso que ha dado para ello es que haya un clima de reconocimiento mutuo, que haya un clima de confianza mutua. ¿Cómo llegamos a eso?. Asimilando instituciones, asimilando poco a poco herramientas del proceso penal que sean todas muy parecidas en los Estados miembros si tú lo haces igual que yo, yo voy a confiar en lo que tú haces. Si tú

para llegar una sentencia en ausencia lo haces de esta forma y también yo voy a confiar en las sentencias que en tu país se dicten en ausencia como tú vas a confiar en las mías y de hechos nosotros hemos tenido una batería de reformas legales a nivel interno en los últimos meses de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Y el derecho a la asistencia letrada forma parte de un bloque de cuatro grandes derechos es el que va más retrasado es el último que se ha programado en el plan global de la Unión Europea como son los derechos a ser informado de la acusación, la traducción e interpretación, la comunicación con familiares y el derecho a la asistencia letrada. ¿Qué busca la directiva?. Nada nuevo en el sentido de su política procesal penal, es decir, que haya normas mínimas a mi cuando hablo de estos temas me gusta subrayar mínimas, es decir, estos son los mínimos que la Unión Europea considera aceptables todo lo que sea mejorar a nivel de derecho de defensa, a nivel de garantías para el sospecho o el acusado lo que la directiva establece va a ser bienvenido lo que no vamos a poder quedarnos nunca es por debajo. Desarrollar una serie de normas mínimas que lo que le ofrezcan al acusado o al sospechoso que son las dos terminologías que maneja la directiva sea una gama de servicios estándar de asistencia letrada, es decir, que si yo soy sospechoso o acusado en Bélgica, en Polonia, en España o en Italia sepa siempre que el mínimo que voy a tener o que comprende mi asistencia letrada es esto siempre para todos estos países y que a partir de ahí puede que alguno de los países ya dentro de sus políticas procesales penales internas incluso lo haya mejorado. Hay dos exclusiones en la directiva yo creo que no son especialmente relevantes, es decir, todas las infracciones penales dentro del ámbito penitenciario y las vinculadas a lo que aquí sería la jurisdicción militar quedan excluidas y para mi el punto de partida para entender todo es una cuestión si estamos hablando del derecho a la asistencia letrada qué se considera letrado porque es el pilar de lo que se nos quiere garantizar. La directiva lo define y la directiva nos da los requisitos, es decir, aquella persona

que con arreglo a la legislación nacional, es decir, cada Estado miembro va a ser el responsable de determinar qué se considera letrado de acuerdo a la cualificación, a las facultades que se le exijan, a las acreditaciones que se le exijan para el ejercicio de esa profesión en cuanto a asesoramiento y asistencia jurídica a sospechoso y acusados. Aquí la referencia siempre será el derecho interno como a mi me parece acertadamente no podría ser de otra forma. Anticipaba a en la presentación que lo que voy a hacer es una dece... una docena, al principio fue un decálogo pero había dos puntos finales que me parecían interesantes incluir entonces vamos a ir a una docena de elementos generales, es decir, es un derecho al que no se le pueden perder minutos, por decirlo coloquialmente. Es decir, la directiva es muy clara en que este derecho se le tiene que facilitar al acusado o al sospechoso desde el momento en que tiene conocimiento que es sospechoso o es acusado, no hay ningún tipo de demora que se pueda justificar es clara y tajante en su artículo 3. Es renunciable, es un derecho, yo no quiero ser asistido de letrado, haya usted. Incluso esa renunciabilidad del letrado en procesos penales, si algún sospechoso o acusado no quiere tener letrado, yo creo que es un craso error pero bueno allá cada cual, esa renuncia libre, voluntaria, previamente informada es reversible, es decir, yo puedo renunciar pero luego sí puedo querer tener esa asistencia letrada. Una cuestión que me parece de las más interesantes de la directiva y en la que aquí sí creo a nivel interno habrá que desarrollar algo porque ocurre con frecuencia quien es llamado a declarar como testigo y en un momento dado incluso a veces en el curso de la propia declaración apreciamos que usted de testigo no, que usted es un verdadero sospechoso nosotros ahora diríamos imputado, encausado a lo mejor en la terminología de las nuevas tendencias de reforma procesal penal. Entonces, paralización inmediata de las actuaciones que se estén llevando a cabo con esa persona porque esa persona necesita la asistencia letrada, como hemos dicho, ya sin demora. Ojo porque aquí sí podemos entrar en infracciones claves de

derechos fundamentales cuando estamos a una persona tratándola como testigo cuando realmente ya la estamos manejando como un sospechoso o un acusado de haber cometido el hecho delictivo. Uno de los... una de las distintas expresiones de ese derecho a la asistencia letrada es el derecho a la reunión privada con el letrado... con el letrado que le represente. Dice la directiva que aquí cada Estado miembro deberá desarrollar la duración, frecuencia, forma y circunstancias de estas reuniones y lo subrayaba en rojo atendiendo a la complejidad del caso y la fase procesal. Me preocupa... me preocupa esto de atendiendo a la complejidad del caso y la fase procesal. Yo pregunto, ¿no son exactamente igual de importantes todas las fases procesales para alguien que está acusado?. La instrucción por unos motivos pero el enjuiciamiento por otro y la fase de recurso por otros. ¿Qué pasa que le vamos a dar más o mejores garantías según la fase en la que esté, o le vamos a dar más o mejores derechos o contenidos del derecho a la asistencia letrada según donde esté?, no, este señor está en una situación grave, es acusado o sospechoso, estemos en la instrucción, estemos en enjuiciamiento o estemos ya en sede de recurso y la complejidad del caso yo aquí voy a algo muy humano no voy a entrar en tecnicismos creo que la justicia también hay que manejarla a veces en clave humana. Para ese acusado su asunto es el más importante aunque sea un hurto. Para él es el más importante o para ella. No se tiene que ser... no se tiene por qué ser un narcotraficante que pertenece a una banda criminal organizadísima y por eso como es un asunto complejísimo le tenemos que dar más garantías, no. La persona que está en un delito entre comillas menor para ella es su delito más importante, ¿por qué su asistencia letrada tiene que ser sustancialmente diferente?. Yo creo ojo aquí como se va a hacer esto a nivel interno. Creo que el legislador español tiene que hilar fino, es decir, tiene que ser prácticamente igual para todos indepen... con independencia del caso y con independencia de la fase procesal en que se vaya a prestar esa asistencia. Participación activa del letrado en las diligencias

policiales. Bueno, aquí no aportamos nada nuevo. Presencia del letrado en los actos de investigación o de obtención de pruebas. La directiva establece que en tres va a tener que estar en todo caso: ruedas de reconocimiento, que ya se está haciendo, careos y reconstrucciones de hecho. Curioso yo aquí digo siempre que nuestro legislador o es que se pierde, o es que se le olvida, o es que los técnicos del Ministerio no están muy atentos. El Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Congreso el día 22 que va a salir al BOE al respecto de esto sólo establece que se reconoce la asistencia del letrado en el reconocimiento en rueda pero si es que ustedes tienen una directiva que tienen que trasponer antes de noviembre de 2016 que les está diciendo que también lo diga expresamente para los careos y reconstrucciones de hechos háganlo ya en esta reforma para que vamos a tener que esperar. También se le pide a los Estados que asuman la obligación de informar a los sospechosos y acusados de este derecho. Yo creo que esto se cumple en general, que aquí no hay grandes problemas. El derecho a la asistencia letrada y sus expresiones específicas en la directiva puede suspenderse. Con carácter temporal puede exceptuarse. Siempre con carácter temporal, nunca con carácter absoluto e indefinido. Sólo ante situaciones urgentes. Sólo se le podría privar a un acusado o a un sospechoso de no ser asistido por letrado con la finalidad, y aquí he copiado textualmente la directiva, de evitar graves consecuencias adversas para la vida, libertad o integridad física de una persona, víctimas, pienso, estoy pensando, y condicionado a que se haya informado al acusado o sospechoso de su derecho a guardar silencio, es decir, se le suspende la posibilidad de disfrutar del derecho a la asistencia letrada, usted no tiene por qué seguir declarando, no tiene por qué seguir diciendo nada pero consideramos que estamos en una situación urgente, grave, hay riesgo para otras personas y entonces de momento usted no puede ser asistido por letrado. Uno de los elementos en los que sí creo habrá que... se tendrá que

emplear a fondo nuestro legislador la confidencialidad la cantidad de problemas que está dando la situación de lo que se reconoce como la exigencia de confidencialidad absoluta sin excepción dice la directiva de las comunicaciones entre acusado y letrado. Todos conocemos y hemos oído casos de escuchas en centros penitenciarios en las entrevistas que los letrados, algunos muy famosos, tenían con sus clientes sospechosos o acusados en situación de prisión provisional y demás digamos que sólo se puede romper en una situación y es que al propio letrado ya lo tengamos en la diana en el sentido de que disponemos de indicios fácticos que constaten que está implicado en el propio ilícito penal. Salvo esa situación confidencialidad absoluta y ahí la directiva es especialmente exigente. Derecho... dentro del derecho a la asistencia letrada se comprende el derecho a informar de su situación de privación de libertad a un familiar o empleador, a comunicarse, son derechos que ya tenemos en España desarrollados. La excepción temporal que comentaba anteriormente y una cuestión que se critica mucho de la directiva por todas las personas que con mucho criterio ya han ido comentándola y hablándola sobre la misma. La directiva digamos coloquialmente se lava las manos en relación al derecho de asistencia jurídica gratuita que es una situación absolutamente asociada a la asistencia letrada, es decir, si usted se la puede pagar bien pero sino debemos facilitarle. Hombre esta directiva hubiera sido un marco excelente para garantizar que junto a la asistencia letrada yo le garantizo que si usted no dispone de recursos tiene acceso a las asistencia jurídica gratuita y simplemente lo que hace en su artículo 11 es remitirse a que en materia de asistencia jurídica gratuita lo que diga el derecho interno. Bueno pero ustedes de Europa díganos algo, díganos algo... díganos algo que... que será mucho mejor, por supuesto que lo que no vamos a permitir es que una persona quede indefensa por carencia de recursos económicos o materiales para acceder pero ya que está usted manos a la obra pues póngalo blanco sobre negro. Cierro las cuestiones que abordo

con cuatro detalles. ¿A quién se le aplica... a quién se debe desarrollar a nivel interno la aplicación de la directiva... el ámbito subjetivo?. El texto del artículo 2 se refiere a sospechosos o acusados desde el momento en que las autoridades competentes han puesto en su conocimiento que son sospechosos o se les acusa. Es irrelevante, no lo dice la directiva pero interpreto yo y se interpreta así mayoritariamente, es irrelevante que estén privados o no del libertad, es decir, con independencia de que usted esté como acusado o sospechoso en una situación de detención o prisión provisional o en plena libertad es irrelevante tiene derecho a la asistencia letrada. Es irrelevante su nacionalidad, es decir, no es una directiva para nacionales o europeos. Es una directiva para cualquier sospechoso o acusado que se encuentre en territorio de los Estados miembros. Es una directiva que además se aplica también a las personas que sean objeto de procedimientos relativos a la orden de detención europea. En cuanto al ámbito objetivo evidentemente es el penal, procedimientos penales. Dice textualmente la directiva procedimientos ante un tribunal competente en materia penal, independientemente de la fase en la que nos encontremos o procedimientos, dado la situación anterior, vinculados a la ejecución de una orden europea de detención. Subraya que los Estados miembros deben prever a nivel interno qué mecanismos de impugnación de actuaciones que lesionen este derecho van a estar a disposición de la persona que se pueda ver afectada por no poder acceder a la asistencia del letrado y el reloj está corriendo como digo yo, tic tac, tic tac, tic tac. Parece que queda mucho tiempo pero nos podemos encontrar con que el 27 de noviembre de 2016 eso está ahí, es decir, España en este sentido creo que tiene los deberes bastante hechos, le quedan cosas por hacer, pero luego vienen las multas, luego vienen los sustos y luego somos uno de los más incumplidores en la materia. Digo que las cosas están hechas porque con las modificaciones que pienso se van a publicar en el BOE pero que tampoco cambian muchísimo lo que ya tenemos los artículos 118, 520 y

775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con este... ponía Ley entre interrogantes porque digo a ver si la van a publicar el día 24 y ya no me da tiempo a cambiar la presentación... con las modificaciones que se incluyen en esta reforma de estos tres artículos queda cubierta una buena parte de las exigencias de la directiva sin perjuicio de que lo lógico es que haya una norma de desarrollo de la directiva. Espero haberme ceñido al tiempo, espero con esto haber cerrado el bloque muchas gracias por vuestra atención y estoy a vuestra disposición en ese correo electrónico.

III. LA INSTRUCCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

REFLEXIONES SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

Dra. Dña. ISABEL VILLAR FUENTES
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

1. TRATAMIENTO LEGISLATIVO

La figura del agente encubierto es regulada por vez primera en la LECrim, en el art. 282 bis,¹ el cual fue introducido por la L.O. 5/1999, 13 Enero, de

¹ Artículo 282 bis: 1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al

modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Número 4 del artículo 282 bis redactado por el apartado dos de la disposición final primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

El Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica, añade dos nuevos apartados 6 y 7 al artículo 282 bis, para regular el agente encubierto informático, con la siguiente redacción:

«6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

El agente encubierto informático podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos.»

El Anteproyecto de Ley para un nuevo Proceso Penal, también planteó la inclusión de un nuevo apartado, al art. 282 bis², referido también al tratamiento del agente encubierto en canales informáticos.

2. Concepto. Punto de partida.

²Artículo 282 bis. 6: Los funcionarios de la Policía Judicial podrán actuar con identidad supuesta en los canales de comunicación abiertos a una pluralidad indeterminada de personas para la detección y esclarecimiento de delitos que puedan ser cometidos por medios informáticos o a través de telecomunicaciones o servicios de comunicación. Cuando como consecuencia de la utilización de dicha identidad el funcionario sea aceptado en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, podrá seguir manteniendo la identidad supuesta con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter b, apartado 2, párrafo a).

A. ¿Qué autoriza la figura del agente encubierto?

1. Identidad falsa
2. Adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos
3. Diferir incautación de los efectos

1. El agente encubierto supone, en primer lugar una identidad falsa, Presupuesto que es preciso matizar, pues en ocasiones la identidad del sujeto es la auténtica, tanto su persona, como su profesión, pero lo que es falso es la finalidad del sujeto en la actividad delictiva.

Esto sucede en aquellos casos, en los cuáles, miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, pretende ser reclutados para participar en un ilícito.

La identidad del agente no es falsa, al contrario, precisamente por ser quien es por lo que se le hace una oferta de participación en la conducta criminal. Sí es falsa, la finalidad del agente, en esos casos, pues su participación no persigue la comisión del ilícito, sino al contrario perseguirlo.

2. La figura prevé de modo general la adquisición y transporte de objetos, efectos e instrumentos. No concreta el artículo, tales objetos, pero se entiende que se trata de mercancías y material de origen delictivo, bien por su naturaleza, bien por ser medio para la comisión de actos criminales.
3. La tercera actividad permitida, tampoco es explicada, pero debe ser interpretada, como la demora en la aprehensión de material delictivo, con la finalidad de servir de medio, para una investigación criminal de mayor calado.

B. Supuestos necesarios

1. Delincuencia organizada

En efecto, el art. 282 bis, cita en el apartado 1, el requisito de “delincuencia organizada”, pero es el apartado 4º, el que incorpora una definición de delincuencia organizada -la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos enumerados-, deja bien claro que ese concepto se refiere, exclusivamente, "... a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo", es decir, "... cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada". El precepto, como puede apreciarse, circunscribe su alcance a la fase de investigación, en la que, por definición, no pueden manejarse verdaderas pruebas, sino indicios que luego merecerán o no su traducción en una tipicidad más agravada. Además, alude a actividades propias de la delincuencia organizada, locución más flexible, referida a la metodología de la dedicación delictiva, más que a la prueba efectiva de la pertenencia del sospechoso a una organización, dato que podrá luego confirmarse o no³.

En una línea similar, la cita de la STS 767/2007, 3 de octubre (RJ 2007, 7297) , evoca un supuesto similar en el que para la investigación de una red de pedofilia, en la que el Juez instructor autorizó la infiltración de un agente encubierto , se alegó la nulidad de esa diligencia al no haberse dado por probada la existencia de una organización. Dijimos entonces que "... la estimación de una presumible organización constituye un juicio de valor "ex ante" plenamente justificado cuando se adoptó la medida, barajándose la presencia de un grupo organizado como previsión más lógica y razonable" .

2. Resolución fundada del Juez de Instrucción / Solicitud Ministerio Fiscal.

³ Sentencia núm. 575/2013 de 28 junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Droga en colaboración con la DEA norteamericana.

El procedimiento de solicitud, concesión y tramitación del agente encubierto, su pone la intervención de distintos protagonistas.

En primer lugar, hay que distinguir la posible solicitud de autorización de un agente encubierto, por parte del Ministerio Fiscal. Solicitud que implicaría un informe, justificando la necesidad del agente “su necesidad a los fines de la investigación”, Sin embargo, la redacción del art. 282 bis, apartado 1 es un tanto confusa, pues parece que el Ministerio Fiscal puede autorizarlo, mediante resolución fundada. Es el Juez de Instrucción competente, el que tras analizar la necesidad y conveniencia de la medida, podrá autorizar al agente encubierto, mediante resolución fundada, “a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.

Por último, es el Ministerio de Interior el que otorga la identidad supuesta, teniendo en cuenta que tal identidad se mantendrá en el momento de testificar en el proceso. Sin olvidar aquí, el art. 282 bis, ap. 2, los protocolos de Protección de Testigos, de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

La resolución fijará un plazo, para la identidad supuesta y actividades autorizadas, de seis meses prorrogables.

3. Exento de responsabilidad criminal.

El apartado 5 del art. 282 bis LECrim, prevé que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal, cuando se cumplan dos condiciones: la proporcionalidad actuaciones y que no exista provocación al delito.

Esta cuestión, quizás sea una de las más delicadas, debatidas y conflictivas, pues pretende ser el asidero de la defensa en el proceso penal.

La obtención de futuros medios de prueba para la vista oral, suele ser tan importante, que en la mayoría de los casos, la posibilidad de destruir las mismas por parte de la defensa, se centra en denunciar la falta de proporcionalidad y especialmente la existencia de provocación al delito. Estas cuestiones, son tratadas, más adelante en las reflexiones sobre cuestiones debatidas.

4. No obligatoriedad a actuar como agente encubierto.

El segundo párrafo del apartado 2 del art. 288 bis LECrim establece “Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.”.

Es evidente, que dados los riesgos personales y profesionales, que implican las actuaciones del agente encubierto, se trata de una actividad totalmente voluntaria.

C. Delitos

1. Tráfico ilícito de órganos humanos
2. Secuestro de personas
3. Trata de seres humanos
4. Prostitución
5. Patrimonio y orden socio económico
6. Propiedad intelectual e industrial
7. Contra derechos de los trabajadores
8. Contra derechos ciudadanos extranjeros
9. Tráfico de especies de flora o fauna
10. Tráfico de material nuclear y radiactivo
11. Contra salud pública
12. Falsificación de moneda
13. Tráfico y depósito de armas, municiones
14. Terrorismo

15. Patrimonio histórico

3. Novedades del Proyecto de Ley Orgánica

Pretende incluir como novedad, la figura del agente informático, tal y como señalábamos al principio. Sin embargo, no aparece la referencia a hasta llegar el segundo párrafo del apartado 7 y los dos apartados reflejan una apariencia de desorden, Esto se debe, a que el apartado 6 cita intervenciones en medios informáticos, para pasar a la grabación de lo presenciado por el agente, incluido en el domicilio, para volver al agente en el entorno informático del apartado 7.

El nuevo apartado 6, introducido por el Proyecto LO plantea la posibilidad de actuar bajo identidad supuesta y entrar en comunicaciones en canales cerrados, para los delitos del apartado 4 del art. 282 bis LECrim o delitos previstos en el art. 588 ter a LECrim. La remisión a este artículo, en lugar de citarlos de forme expresa en el apartado 6, lleva a un recorrido por el articulado, pues el art 588 ter a, a su vez remite al art. 579.1 LECrim. Todo ello, para al final caer en repeticiones pues estos delitos son: delitos dolosos, mínimo 3 años; delitos dentro de organización criminal; delitos de terrorismo. La única novedad, aportada por esta peregrinación son “los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión”. La referencia a delincuencia organizada y delitos de terrorismo ya están presentes en el apartado 4 del art. 288 bis.

El nuevo apartado 7, introducido por el Proyecto LO prevé, que mediante autorización judicial grabaciones imágenes y conversaciones, que puedan mantenerse en los contactos entre agente e investigado, incluso si se desarrollan en domicilio.

4. Reflexiones sobre cuestiones generales del agente encubierto

4.1 Cuestiones comunes al agente encubierto clásico y al agente informático

A. ACTIVIDAD Y CONTACTOS PREVIOS A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

En el tratamiento legislativo del agente encubierto veíamos el procedimiento y tramitación de la solicitud y concesión, el cual resulta evidente que no es rápido e instantáneo. Por ello es normal que se produzca una actividad previa a la concesión, más aún si se tiene en cuenta que, la posibilidad de “entrar” en una organización criminal no es algo accesible. Por ello, esas primeras aproximaciones son normales en el desarrollo normal de la investigación. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 575/2013 de 28 de Junio⁴: “La existencia de un contacto previo entre el recurrente y el agente encubierto, en una relación derivada de las labores de prevención y captación de información propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional...”

Carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva. Es contrario a elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de forma inesperada, curiosease entre los preparativos de una gran operación delictiva. La

⁴ Sentencia núm. 575/2013 de 28 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª), El TS confirma la condena de narcotraficante.

autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza.”

Se plantean tres problemas en estos contactos previos:

1. Material probatorio generado en ese tiempo

Los primeros contactos y aproximaciones del agente, con la organización criminal, en general, o con algún investigado, en particular, empiezan a facilitar información, que en el futuro puede ser utilizado como material probatorio.

El agente en esos momento, todavía “no encubierto” es testigo de conversaciones y actividades, sobre las que podrá y deberá declarar en la vista oral. No puede obviarse y destruir toda la investigación realizada, con anterioridad a la autorización como agente encubierto.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 655/2007, de 25 de junio⁵ "... el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo (cfr. SSTs 154/2009, 6 de febrero (RJ 2009, 3056) y 655/2007, 25 de junio (RJ 2007, 7294)).

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 655/2007, de 25 de junio: “Ahora bien, el que un funcionario policial lleve a cabo tareas

⁵ Sentencia núm. 655/2007 de 25 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Caso GRAPO.

de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo.

El testigo fue sometido al interrogatorio de las partes durante el juicio oral, y, así, su testimonio a los principios de oralidad, inmediación y publicidad. Y no pudo encerrar indefensión para las partes acusadas el que no fuera interrogado durante la instrucción, pues el contenido del eventual objeto de sus declaraciones se desprendía del escrito de los folios 1363 y siguientes, unido al procedimiento en Santo del año 2002; y el Ministerio Fiscal propuso, como medios probatorios, junto a sus conclusiones provisionales, la prueba testifical consistente en la declaración del " agente encubierto de la Guardia Civil con identidad supuesta de Agustín " y, como documental, los folios 1116 a 1465; no se originó sorpresa alguna para las Defensas.

O la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de Noviembre⁶, donde se solicitó la nulidad de todo lo actuado, "por no haberse respetado las reglas del art. 282 bis LECrim (LEG 1882, 16), que rigen en la materia". El argumento esgrimido por la defensa, fue que la actuación del agente encubierto que intervino en la causa se produjo con anterioridad, fuera y al margen del auto habitante, de 7 de septiembre de 2009, del Juez Central de Instrucción n.º 2; y que aquel, al obrar así, lo hizo, en realidad, como agente provocador del delito.

⁶ Sentencia núm. 835/2013 de 6 de Noviembre (Sala de lo Penal Sección 1ª) Droga aduana Algeciras.

Determinante la Sentencia del Tribunal Supremo 1114/2002, 12 de Junio⁷, que "... es cierto, como señala el recurrente, que en la fecha de los hechos no existía una previsión legal de las actuaciones del llamado agente encubierto. Pero eso no significa que su actuación haya de considerarse fuera de la ley y así lo había entendido la jurisprudencia de esta Sala (STS de 5 Jun. 1999 (RJ 1999, 5466)), que afirmó que la falta de autorización judicial o del Ministerio Fiscal en el empleo de agentes encubiertos no impide valorar como prueba sus declaraciones. Se trata de una actuación de la Policía Judicial en cumplimiento de las funciones que el ordenamiento le impone en relación a la averiguación de los delitos y al descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (artículo 126 de la Constitución (RCL 1978, 2836)), que será lícita si no se convierte en una provocación al delito y no afecta de otra forma a derechos fundamentales, lo cual no consta que se haya producido en la investigación de los hechos objeto de la presente causa, tal como se ha puesto de manifiesto en los anteriores Fundamentos de Derecho ".

2. Posibles ilícitos cometidos por el agente encubierto

Los nuevos apartados 6 y 7 introducidos por el Proyecto de LO, no abordan de forma diáfana, los presupuestos o los casos en que el agente encubierto, estaría o no cometiendo un ilícito, por lo que se deja a un análisis a posterior por el órgano judicial competente, que genera una importante inseguridad jurídica.

Habría que interpretar con posterioridad, si se produce una falta de proporcionalidad, un exceso en las actividades permitidas por la figura.

3. Agente provocador

La línea divisoria entre la entrada de un agente encubierto en organización criminal y la provocación al delito, ha tenido que ser

⁷ Sentencia núm. 1140/2010 de 29 de Diciembre (Sala de lo Penal Sección 1ª) Comando terrorista islamista.

definida en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional. La intervención en el ilícito penal del agente, pretende ser denunciada en muchas ocasiones, por los argumentos de las defensas, como actividad necesaria para el mismo, de modo que de lo contrario no se hubiese materializado el delito y por tanto se trate como provocación.

El Tribunal Constitucional define de forma clara la verdadera conducta de provocación citando la Sentencia del Tribunal Supremo 848/2003, 13 de junio precisa que "... el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS núm. 1344/1994, de 21 junio (RJ 1994, 5215)). Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, 15 de septiembre (RJ 1993, 7144) , que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación --en realidad, una forma de instigación o inducción-- parta del agente

provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el «iter criminis», desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial.”

- Doctrine of entrapment

Al tratar la figura del eventual “agente provocador” surge necesariamente una referencia, a la en ocasiones malinterpretada doctrine of entrapment.

La doctrine of entrapment del derecho anglosajón, se centra más que en la posible responsabilidad penal del agente encubierto, en afirmar que el sujeto provocado está exento de responsabilidad. Una postura similar a la del Contrainte moral, de la doctrina francesa, por la que si un funcionario despierta en otra persona la idea de cometer un delito, cuya ejecución no se habría llevado a cabo sin intervención de él. Sin embargo, dicha doctrina es interpretada, en ocasiones como la admisión, por parte de la policía en los Estados Unidos, de la provocación al delito.

Esto se debe, a que en Estados Unidos se ha difundido que se usa la figura del agente provocador y la incitación al delito para numerosas operaciones encubiertas contra el tráfico de drogas, de armas, o en delitos fiscales. Esta interpretación, entra en el ámbito de las suposiciones, por lo cual no corresponde hacerle eco en este trabajo. Lo cierto, es que en la legislación estadounidense existe una doctrine of entrapment que, en teoría, impide que los miembros de las Fuerzas de

Seguridad lleven a cometer delitos a personas que no se encontraban en disposición de hacerlo⁸.

En conclusión, en España no se admite la provocación al delito por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

B. Entrada en domicilio del agente encubierto

Esta cuestión, es planteada por la Sentencia del Tribunal Supremo 575/2013 de 28 junio⁹, que afirma: “La necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto, resulta inaplazable. Sin embargo, en el presente caso, la Audiencia no ha dado por probada la existencia de contactos, ni previos ni simultáneos a la autorización, en el domicilio del sospechoso.”

La resolución judicial motivada, para el agente encubierto, no es extensible a la entrada a domicilio, pues ésta precisa una específica, para vulnerar este derecho fundamental.

La redacción original del art. 282 bis, trata de forma genérica esta cuestión en el apartado 3 y previene “actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley”.

Aquí cabe preguntarse si es necesario solicitar la autorización judicial, cuando el agente encubierto entra con el consentimiento del titular del

⁸ Entrapment is a complete defense to a criminal charge, on the theory that "Government agents may not originate a criminal design, implant in an innocent person's mind the disposition to commit a criminal act, and then induce commission of the crime so that the Government may prosecute." *Jacobson v. United States*, 503 US 540, 548 (1992).

⁹ Sentencia núm. 575/2013 de 28 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª), El TS confirma la condena de narcotraficante.

domicilio. La entrada en el domicilio “invitada”, es una invitación viciada, pues deriva del engaño, pero en el caso del AE, se entiende que puede observar y escuchar todo lo que allí acontece¹⁰.

El derecho alemán permite la entrada del agente encubierto en el domicilio cuando hay consentimiento, pues se entiende que es consecuencia la identidad supuesta que se le otorgó, art. 110d del Código Procesal Alemán: “Bajo la utilización de su título, los investigadores de incógnito pueden entrar en un domicilio con el beneplácito del titular”¹¹.

El nuevo apartado 7 introducido por el Proyecto de LO autoriza la grabación de imágenes y audio en los contactos entre agente e investigado, incluido cuando se desarrollen en domicilio, pero no especifica nada sobre la autorización judicial, en esos casos.

4.2 Cuestiones sobre el agente encubierto informático

A. Comunicaciones en canales cerrados

La redacción del Proyecto de LO de la actividad del agente encubierto en “canales cerrados de comunicación”, es distinta, a la que recogía el Anteproyecto de 2011 y quizá este último era más claro en este tema.

El Proyecto de LO indica: “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos”, frente al Anteproyecto “supuesta en los canales de comunicación abiertos a una pluralidad indeterminada de personas para la detección y esclarecimiento de delitos que puedan ser cometidos por medios informáticos o a través de telecomunicaciones o servicios de comunicación. Cuando como consecuencia de la utilización de

¹⁰ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., El policía infiltrado. Presupuestos en el proceso penal español, pág. 195.

¹¹ ZAFRA, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., El policía infiltrado...; págs. 197 y 198.

dicha identidad el funcionario sea aceptado en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, podrá seguir manteniendo la identidad supuesta”.

En estos casos cabría señalar, que es posible que en los canales de comunicación abiertos, no es necesaria parece la autorización del Juez o del Ministerio Fiscal, así por ejemplo lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo 767/2007, de 3 de Octubre, pues explica que el uso del nickname se llevó a cabo en espacios públicos y en funciones de prevención. De modo que, en los canales abiertos donde además no es precisa la identificación previa personal, n habría conveniente en que el funcionario policial actuara con ese nickname, más aún cuando en esos escenarios es normal el uso de estos, los cuales nunca corresponden a nominaciones reales, sino fantasías y apodos.

Por ello, sería conveniente que se hubiese concretado esta delimitación, que sí incluye el Anteproyecto, aunque éste entiende necesaria la autorización judicial, para la identidad supuesta aún en los canales abiertos. El Proyecto de LO obvia los canales abiertos, quedando en una situación de indeterminación.

La entrada en un foro cerrado, donde además es precisa una previa identificación personal y además se está investigando a personas concretas, que se pretenden engañar, es claro que precisa de la autorización judicial, como prevé el Proyecto de LO, pues se trata de un derecho fundamental.

¿Qué sucede, en un supuesto similar al que veíamos con la entrada domiciliaria, con “invitación”?, es decir si se entra con identidad supuesta en un canal abierto, entendiéndose que sea necesaria la autorización judicial, y el agente encubierto es invitado a un foro cerrado.

La necesidad de la figura es clara y así lo recogió en su momento el Boletín Oficial de Cortes Generales, con ponencia del Senado, sobre la necesidad potenciar el AE “infiltrado” en investigaciones online, para aumentar las

actuaciones de control de delitos cibernéticos. De tal modo, que delitos como el ya citado de acoso de menores, o el delito de ataques a sistemas informáticos, pudiera ser, que no tuviese cabida debido al requisito de delincuencia organizada del apartado 4. Esta cuestión, en concreto la de acosos a menores, en el Anteproyecto quedaba solucionada de modo más directo, pues al remitir al artículo 588 ter b, apartado 2, párrafo a), éste señala: “delito contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad.” Sin embargo, en el PLO el 588ter a, remite en sus presupuestos para interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas al art. 579.1 LECrim “1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3. Delitos de terrorismo.”. Por ello, habría que estar a la condición de delito dolosos con límite máximo, al menos de tres años, lo cual no es un criterio general para ese ilícito penal.”

B. Delitos

La delimitación del ámbito delictivo donde se puede llevar a cabo las intervenciones de agente encubierto, es más amplio, como veíamos al principio, que el listado *numerus clausus* del art. 286 bis LECrim, pues se combina, con unas referencias laberínticas, al 588 ter a, y éste al 579.1 LECrim, donde hemos señalado que se reitera el delito de banda organizada y el de terrorismo y lo único que amplía es los delitos con pena máxima, al menos de 3 años.

C. Delincuencia organizada

Las formas de delinquir han evolucionado, al igual que el resto de la sociedad, las tecnologías y las comunicaciones. De tal modo, que el potencial alcance y daño de la actividad criminal, no precisa en ocasiones la delincuencia organizada (asociación de tres o más personas para realizar

conductas delictivas), pues puede ser más dañino y extenso, con la mera utilización de cualquier canal informático.

Por ello, entendemos que la introducción de este requisito en el agente encubierto informático, se corresponde con una percepción antigua de la actividad criminal.

Hay voces que van más allá, pues afirman “Este requisito de delincuencia organizada, puede ser un impedimento, para la figura del agente encubierto informático, precisamente, para uno de los principales objetivos de la figura y nos estamos refiriendo al delito de acoso a menores. Este tipo delictivo, no suele ajustarse al modelo de banda organizada, sino que es más propio de delincuencia individualizada.”¹²

D. Análisis algoritmos asociados a archivos ilícitos

El último párrafo del nuevo apartado 7, del art. 288 bis, que solo él refiere la figura del AEI, señala: “El agente encubierto informático podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos.». Critica el Consejo Fiscal firmado por Consuelo Madrigal, Fiscal General del Estado, que la redacción no es del todo correcta, pues lo que interesa a los investigadores es el resultado de los algoritmos, pues es lo que sirve para identificar los archivos informáticos, en concreto interesa el HASH, el cual es la clave alfanumérica de los archivos.

Tal identificación es de vital importancia, para conocer los recorridos y modificaciones, que se les hace, para tenerlos localizados y más aún, si estos archivos ilícitos, han tenido que ser introducidos por el propio agente encubierto informático, para tras hacer su función, localizarlos y eliminarlos y evitar la temida provocación de delito.

E. Intercambio y envío de archivos ilícitos

¹² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

Esta cuestión es difícil y delicada, pues el Proyecto de LO además solo indica intercambiar o enviar, pero esos archivos es preciso previamente generarlos.

No se trata de comerciar con sustancias, que se ponen en poder del agente encubierto, como parte de su actividad e identidad supuesta sin más. Estamos hablando de posibles contenidos pornográficos de menores, en cuyo caso es un ilícito penal, que entendemos no puede ser llevado a cabo. Solo hasta una barrera de edades de “supuestos menores”, donde adultos pueden suplantarlos y llevar a cabo las grabaciones, pero existe un límite físico, biológico, que no permitiría ir más allá. Con el gran escollo, que estos canales cerrados, que mencionábamos anteriormente, suelen requerir para la entrada en los mismos, archivos con estos contenidos, como forma de garantizar la “fiabilidad” del sujeto, que pretende acceder.

Dña. VIRGINIA ALONSO GONZÁLEZ
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Cádiz

En principio y a fin de centrar el tema objeto de estudio y debate, entiendo que hemos de partir de cual es el objeto y finalidad de la instrucción.

Para ello nos podemos servir del art. 777 de la L.E. Cr "El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicara por sí, las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en el hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen" Tres son sus finalidades, a alcanzar tras la practica de las diligencias oportunas, determinar el órgano competente, la naturaleza y circunstancias del hecho objeto del procedimiento judicial y persona o personas que hayan participado en el mismo.

Analizaremos pues dentro de la practica de diligencias de Instrucción oportunas las que afecten a derechos Fundamentales, las limitaciones de estos derechos fundamentales a través de las diligencias de instrucción judicial y dentro de estas, las afectantes a la Inviolabilidad del domicilio y al Secreto de las Comunicaciones. Si bien y en cuanto al secreto de las comunicaciones, la intervención de la correspondencia escrita, postal y telegráfica, no así la telefónica por corresponder a la siguiente interviniente.

Actualmente, la regulación procedimental la encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Libro II, Título VIII bajo la rúbrica, “De la entrada y registro en lugar cerrado, de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica art. 545 a 548. El Proyecto, supuestamente modificador, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Proyecto para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de medidas tecnológicas cambia su denominación por la “ De las Medidas limitativas de los Derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución: Capítulo I De la Entrada y Registro en Lugar cerrado art. 545 a 578. Capítulo II Del Registro de Libros y Papeles art 579 a 588. Modifica el art. 579 y añade el art. 579 bis.

Este Proyecto en cuanto a la entrada y registro en lugar cerrado, no ha sido aprovechado por el legislador, para dar solución a ausencias legales, que hasta ahora han necesitado de la interpretación jurisprudencial. Sin embargo en cuanto a las intervención de las comunicaciones sí se produce modificación legal.

En principio, es importante tener en mente, que existen una serie de derechos reconocidos en la Constitución Española, como son el honor, la intimidad, la inviolabilidad domicilio, la libertad deambulatoria, el secreto de comunicaciones, pero solo respecto al domicilio y a las comunicaciones, se recoge expresamente, la necesidad de resolución judicial cuando para su entrada, su intervención no sea consentida por su titular y siempre que no estemos ante delito flagrante.

Así el art 18 recoge literalmente:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Lo que nos lleva a analizar, en qué casos concretos puede entrar la policía, regulado expresamente en la LECRim: art. 553. Así la policía puede entrar sin necesidad de resolución judicial y sin necesidad de consentimiento, en los siguientes supuestos:

- Mandamiento Judicial de Prisión contra una persona concreta y se trate de realizar su captura.
- Delito flagrante, sorprendida cometiendo el delito
- Perseguida por comisión delictiva y sin resolución judicial acordada de prisión.
- Persecución de terroristas o de rebelde (se busca a alguien que está desaparecido del domicilio designado).
- En caso de excepcional y urgente necesidad

En estos supuestos, que sí se permite que la policía pueda directamente acudir al domicilio sin necesidad de resolución judicial, se exige por ley que se comunique de inmediato a la autoridad judicial. Es tan importante, el quebrantamiento, entre comillas, la protección de este derecho constitucional que incluso cuando la ley no exige resolución judicial motivada, cuando esta no sea necesaria, si ha de darse cuenta con carácter inmediato a la autoridad judicial, que habrá de controlar lo acaecido.

Es importante resaltar la LO 4/2015 de 30 de Marzo de Protección y Seguridad Ciudadana, cuya entrada en vigor, esta prevista en Julio 2015, pues incide, en este supuesto de posibilidad de entrada policial sin necesidad a

resolución judicial. Así en su art 15 bajo el título “ Entrada y Registro en domicilio y Edificios de organismos oficiales” recoge que los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solo podrán proceder a la entrada y registro

1. En los casos previstos en la Constitución y en los términos que fijen las leyes.
2. Siendo causa legítima suficiente la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

Parece lógico que si existe una necesidad urgente de proteger al ciudadano, no se pierda tiempo en ir al juzgado a solicitar, previa elaboración de atestado motivado, la autorización.

3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o Entidades públicas no sea necesaria la resolución judicial, ni consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviera a su cargo.

Es importante esta novedad. Hasta ahora este consentimiento parecía absolutamente necesario. Tenemos un caso cercano. Así cuando invitado el juez Marlaska dar una conferencia, por la Universidad de Cádiz y entraron personas al recinto universitario y en concreto al aula donde esta se iba a practicar, obstaculizando su desarrollo, durante un tiempo, procedió a entrar la policía, cuestionándose la legitimación de esa entrada, si tenían autorización o no, si esta, la entrada y la autorización, era necesaria, pues se planteaba la obligatoriedad del consentimiento, de la autorización para entrar, de acuerdo con la normativa propiamente universitaria y la legislación aplicable. Con esta nueva regulación se priva de dicho requisito. No hemos de olvidar, que estamos hablando de inviolabilidad de domicilio y que la propia Constitución indica la necesidad de autorización judicial motivada cuando no

exista el consentimiento y no se den los supuestos excepcionales a los que ya hemos hecho referencia.

Hemos de analizar por estar directamente relacionado al tema que nos ocupa, diferentes conceptos: Domicilio, Consentimiento y Flagrancia

Concepto de Domicilio.

La propia LECrim art 554 define qué debe entenderse como domicilio:

- Lo Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la Entrada y Registro
- El Edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia
- Los buques nacionales y mercantes.
- Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que queden reservados a conocimientos de terceros.

Por tanto vemos que el concepto de Domicilio legal, incluye el de las personas jurídicas imputadas lo que significa que también es necesaria para su entrada y registro el dictado de resolución judicial motivada.

La entrada y Registro, es en principio, un medio de investigación, que llegará a ser medio de prueba, si se lleva a cabo acorde a los requintos legales. De practicarlo de manera inadecuada nos arriesgamos a no tener nada para determinar la existencia de delito o la determinación en su caso del responsable.

La doctrina y la jurisprudencia, STC 22/84 de 17 de Febrero entre una multitud, sintetiza el concepto de domicilio como el lugar

donde el individuo tiene el ámbito de su intimidad, el desarrollo de su personalidad. Espacio donde ejerce su libertad mas íntima sin estar sujeto a usos y convenciones.

Es un término más amplio que el del art. 40 del código civil, que lo define como lugar de residencia habitual.

El titular del domicilio no es el propietario, es el usuario.

Doctrinal y jurisprudencialmente, se asimilan a domicilio una roulotte, la habitación de un hotel, los camarotes individuales de una embarcación. Cuestionándose como tal, los lavabos públicos y los despachos profesionales. Dentro de despachos profesionales, para que sea considerado domicilio, a estos efectos, ha de considerarse los espacios de carácter estrictamente personal, muy delimitado, al sentido que antes referimos, del lugar donde el titular desarrolle el ámbito de su intimidad, el desarrollo de la personalidad. Espacio donde ejerce su libertad mas íntima sin estar sujeto a usos y convenciones.

Y de la misma forma el lavabo público, en cuanto al recinto cerrado donde se desarrolla la actividad lógica para lo que hemos ido al lavabo

No se asimila a domicilio, bares, garajes, almacenes, naves industriales abiertas al público, tiendas, jardín, porche, automóviles, vehículos de transporte, y ello porque su finalidad no es el desarrollo de la intimidad y de la personalidad.

Concepto de consentimiento valido:

Es importante, el analizar cuando ha de entenderse prestado válidamente el consentimiento, hay mucha casuística, por lo que se podía haber aprovechado por el legislador para precisarlo.

La LECrim, art. 551 dice: "se entenderá que presta su consentimiento aquél que requerido por quien hubiere de efectuar la entrada

y registro, para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 6 de la Constitución del Estado".

Es una forma de definir el consentimiento, muy amplia, y luego jurisprudencialmente se ha ido perfilando. Distinguiéndose si el titular de domicilio respecto del cual se dirige el procedimiento penal está o no detenido. En supuesto en que esté detenido, se entiende por la jurisprudencia que en esos casos el consentimiento para ser válido necesita asesoramiento del abogado.

En otros casos se cuestiona la validez o no del consentimiento cuando se trate de cotitulares, entendiendo por titular, no al propietario sino al usuario dado el concepto de domicilio del que estamos partiendo. En principio con carácter general el cotitular puede dar el consentimiento. No es necesario, que lo presten ambos cotitulares, si bien en los casos que se demuestra que la persona que preste el consentimiento, tienen un conflicto de intereses, no valdría dicho consentimiento. En la práctica se resuelve pidiendo resolución judicial, evitando así posible afectación de derechos fundamentales y posible invalidez del medio de prueba.

Otra cuestión a analizar es la entrada y registro en un procedimiento penal contra menores, menores que viven con mayores de edad. La titularidad del domicilio no la tiene el menor, solo la tendría en la habitación o dormitorio. Se entiende por tanto y en principio que la entrada en dormitorio, si se podría ser acordada en la jurisdicción de menores, pero ello no legitimaría el registro que se excediera de dicho ámbito, habría que parar el registro si interesara este, para ser solicitada la autorización judicial en la jurisdicción de mayores. No se puede registrar nada de un adulto con la exclusiva legitimación de la jurisdicción de menores. Y en todo caso nos encontramos que la entrada sin consentimiento en el domicilio cuyo titular es un mayor de edad, ha de ir acompañado de resolución judicial proveniente de

la jurisdicción de mayores. En todo caso y si desde el principio se derivara la posible responsabilidad del mayor y del menor, la autorización judicial ha de proceder desde su inicio de ambas jurisdicciones.

Concepto de delito flagrante

No es necesario resolución judicial motivada, como hemos señalado cuando nos encontremos ante un delito flagrante. El delito flagrante, como tal no está definido en la LECrim. Estuvo recogido en el art. 779 de la LO 7/88, que venía a determinar que nos encontramos ante delito flagrante, cuando se sorprende a una persona en el momento de la comisión del delito o cuando este se acaba de cometer. Si se le descubre, con inmediatez a su comisión con efectos o instrumentos que infundan sospecha vehemente de su participación en el delito.

El Tribunal Constitucional sentencia 341/1993 de 18 de Noviembre, lo recoge como la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido, visto directamente o percibido de otro modo, en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito

Respecto al registro, sí cabría la posibilidad de resolución judicial para ser efectuado, una vez la entrada se haya realizado.

En síntesis los requisitos de delito flagrante son:

- Inmediación temporal: cometiéndose el delito instantes antes, con solución de continuidad.
- Inmediatez personal: que se encuentre en relación con los objetos, los instrumentos del delito, que implican la prueba de su participación
- Necesidad urgente de intervenir: Entendiendo por urgente, que el hecho de acudir al juez diera lugar a la consumación del delito, a la pérdida de objetos e instrumentos o a la desaparición del autor de delito.

Es importante que la resolución judicial de entrada y registro, esté suficientemente detallada en cuanto a la identificación del domicilio en cuestión y de su titular, suficientemente motivada, como para derivarse de la misma el porqué se acuerda, qué esta es necesaria para obtener determinadas pruebas o instrumentos del delito y que es el medio más adecuado para llegar a los efectos del delito y al autor, porque se considera que no hay otro medio de investigación, de prueba, menos gravoso para los derechos fundamentales, que alcance a la consecución de tales fines. Ha de ser necesaria y proporcional.

Una vez que la resolución judicial se ha dictado y se procede a practicar la entrada y registro, la comisión judicial ha de ir con el secretario judicial que ha de levantar acta. Acta, con valor de documento, al dar fé, y en la que ha de hacer constar de manera detallada todo aquello que allí se practica y se interviene. El auto ha de ser notificado al titular del domicilio, sino está el titular o cotitular al representante, o familiar, o en su defecto dos testigos ajenos a la comisión judicial. De estar detenido, el titular, obligatoriamente tiene que ser llevado al registro, de lo contrario este sería nulo. No así si no estuvieran los testigos. En aquellos casos en que ya hay un procedimiento judicial abierto, en el que ya se ha producido la declaración como imputado y por tanto asistido de letrado, jurisprudencialmente, se establece que se ha de dar al letrado, la posibilidad de acudir a la entrada y registro. De omitirse esta notificación, no implicaría la nulidad de la entrada y registro. De igual forma sino estuvieran los testigos, que hemos mencionado, porque estaríamos ante disposiciones de legalidad ordinaria.

En el Proyecto, se establece una modificación al crear en el Título III, del Libro II un nuevo Capítulo, Capítulo VIII que denomina Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información en el que incluye el art. 588 sexis a. 588 sexis b. y 588 sexis c. y en síntesis recoge la necesidad de motivación individualizada, cuando con ocasión de la practica de un registro

domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación, telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telepáticos de datos. Así ha de incluirse en el razonamiento de la resolución judicial de entrada y registro, la justificación, las razones que legitiman el acceso a los agentes de dicho contenido. De no hacerse en dicha resolución se exige el dictado posterior a la ocupación para que se pueda conocer y examinar su contenido por estos.

De la misma forma cuando el acceso a estos dispositivos se alcance de otro modo diferenciado a la entrada se exige resolución motivada para el conocimiento y estudio de los datos que contiene.

Exigiéndose que se concrete en la resolución, términos y alcance del registro y elaboración de copias en su caso, fijándose las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y su preservación para hacer posible en su caso un dictamen pericial.

Modificación que suple la laguna existente al respecto.

El otro supuesto que se me ha asignado es la intervención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica.

Regulada en la L.E.Crim., art. 579 a 588. El Proyecto modifica el art. 579, modificación que os señalo a continuación.

Artículo 579 Le Cr 1. Podrá el Juez (el proyecto dice El Juez Podrá) acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante (el Proyecto utiliza el término relevante) de la causa.

El proyecto si recoge expresamente limitaciones a la facultad judicial. Así solo podrá acordarse cuando la investigación tenga por objeto alguno de

estos delitos: Delitos dolosos con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión. Los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo. Y en cuanto a la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, mantiene la exigencia de resolución judicial motivada y añade una limitación temporal máxima de 2 años, manteniéndose que se acordara por tres meses prorrogable pasando esta materia al nº 2 del articulado lo que se recoge en la actualidad en el nº 3.

No variándose en esencia la regulación de las actuaciones en caso de urgencia cuando la investigación se encamine a la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, que permite sea ordenada por el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

Si recoge el Proyecto adecuando a la interpretación jurisprudencial, los supuestos de innecesidad de resolución judicial

- a. Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido
- b. Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.

- c. Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada case de envío

Y se añade el art 579 bis denominado: Uso de informaciones obtenidas en un procedimiento y descubrimientos casuales. Estableciendo que puede ser utilizado el resultado de la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica acordada en un procedimiento, como medio de investigación o prueba, en otro procedimiento diferenciado, estableciendo que a fin de legitimarlo y evitar indefensión, habrá de deducir testimonio de los antecedentes que dieron lugar a la resolución, y de todas las que fueren dictadas en prorroga así como las peticiones efectuadas para ello, que formaran parte del segundo procedimiento en el que habrá para ello ser dictada resolución judicial motivada y habrá de hacerse constar si está secreta y cuando deje de estarlo.

Destaca el artículo por ser un reflejo de lo tantas veces recogidos en la Jurisprudencia dada la carencia de regulación legal. Regulación que supone mayor garantía, y mayor seguridad jurídica

Y se mantiene sin modificación alguna el resto de la regulación art. Artículo 580 a 588 queriendo hacer constar que a igual que en el supuesto anterior se exige precisión en la resolución judicial motivada en aras del principio de proporcionalidad así en el art 583 se recoge que habrá de determinar la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregados, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieren expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas.

Se establece como requisito ineludible la citación judicial del interesado a fin de poder presenciar la operación de apertura, o designar a quien lo hiciere en su lugar, art. 584, especificándose que si este estuviere en rebeldía o

no fuere, ni designare quien lo hiciere, el juez procederá a la apertura, art 585, para en el art 586 reiterar que la apertura de sobres y la lectura de la correspondencia habrá de ser realizada por el juez directamente, debiendo ser rubricada por el Secretario judicial y sellada debidamente a fin de ser conservada durante el sumario, ello bajo responsabilidad del Secretario judicial. Pudiendo reabrirse cuantas veces el Juez lo considere preciso, citando previamente al interesado. Esta apertura de correspondencia habrá de ser documentada así el art. 588 recoge que se hará constar por diligencia detallada todo lo ocurrido. Diligencia que habrá de ser firmada por Juez, Secretario y asistentes.

Resaltamos la procedencia de la exigencia legal de establecimiento de garantías a fin de evitar en la medida de lo posible el quebranto de derechos fundamentales

Muchas Gracias.

Dña. LOURDES DEL RÍO FERNÁNDEZ
Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 4 de Cádiz

Hola, buenas tardes, como ya dicho Marisa, soy Lourdes del Río, soy Juez, porque Magistrado es una categoría que nos dan, pero somos soy Juez de Instrucción. He sido Juez de Instrucción siempre porque en mis destinos, tanto en las prácticas de Hospitalet como en Sanlúcar de Barrameda, era un Juzgado mixto que llevaba Primera Instancia e Instrucción, y ahora ya me dedico más específicamente a la instrucción. Aquí quiero daros las gracias a Arturo por haber contado conmigo y espero que mi intervención os pueda servir de aportar algo importante o por lo menos que os sirva para sacaros de alguna duda. Me encuentro en familia porque ver a Felipe y ver a Virginia en mi Juzgado es casi a diario, por lo tanto me encuentro pues muy a gusto. Como ya ha dicho Virginia nosotros nos reunimos porque nuestra ponencia en concreto pues trata de las... de aquellas cuestiones que afectan a la instrucción y a los derechos fundamentales. Entonces, para no reiterarnos, pues hemos acordado que Virginia se dedicara a los efectos de las intervenciones de la entrada y registro, que Felipe lo... se dedicara más bien a la parte que hace más referencia a los derechos fundamentales y yo me voy a centrar en lo que son las intervenciones telefónicas, en la afectación del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Yo no voy a utilizar PowerPoint, por lo tanto me voy a quedar aquí sentada. Como sé que tenéis la ley, la reforma antigua y la nueva, cualquiera cosa lo vais mirando ahí porque

¹ Este texto se corresponde con la transcripción de su intervención obtenida de vídeo de la Jornada.

yo voy a hacer una regulación, de lo que está regulado ahora mismo, de por qué es necesario una regulación y de la regulación ya muy poquito porque lo veréis, o sea, las principales innovaciones pero que lo tenéis regulado en la ley. Bien nosotros hasta ahora el derecho a la privacidad y al secreto de las comunicaciones es un derecho que está reconocido en el ámbito constitucional en el art. 18 y que tenía su plasmación en cuanto a la vulneración en art. 579 de la Ley Orgánica, la Ley de Enjuiciamiento Criminal modificado en el año 1988. El derecho a la intimidad, al secreto a las comunicaciones, mejor dicho, es un derecho individual a no sufrir ningún tipo de intromisión en la íntima parte del Estado y venía reconocido no sólo por la Constitución sino también en resoluciones internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las Convenciones Europeas, todas esas. El art. 18 de la Constitución, ¿qué protege?. Pues bien protege únicamente aquellas comunicaciones que se realicen a través de determinados medios o canales cerrados y quedan fuera de la protección aquellas formas de envío de la correspondencia que se configura legalmente como comunicación abierta, es decir, no secreta. Por lo tanto, lo que protege el art. 18 es el derecho al secreto de las comunicaciones íntimas y cerradas, secretas. ¿Qué ocurría hasta ahora? La propia regulación, nuestra regulación del... de la ley.... art. 579 se conoce, se reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones pero el artículo 579 en la regulación actual, eh, en la que esta vigente, dice que el juez podrá acordar en resolución motivada la intervención telefónica del procesado si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. Esa era la regulación que teníamos o que tenemos, mejor dicho. ¿Qué ocurre? Nos encontramos... yo voy a intentar explicar lo que ocurre en un juzgado de instrucción para que veáis un poco más la perspectiva practica. Yo estoy en un juzgado de guardia y me llega un atestado policial, que me presenta cualquiera

de las unidades de policía judicial o equipos especializados y me pide una intervención telefónica, ¿vale?, lo más normal. Viene... tenemos sospechas de que hay una banda internacional de rumanos que está coordinada produciendo robos en casas habitadas, tráfico de drogas y cualquier cosa. Nosotros que nos encontramos los jueces de instrucción, con un artículo, que nos decía simple y llanamente, que el juez puede acordar por resolución motivada, si tuviera indicios de obtener por estos medios descubrimientos en la comprobación de algún hecho o circunstancia importantes en la causa. Con estos datos tan escuetos, nos encontrábamos que no teníamos más solución que acudir a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo que nos fuera diciendo las pautas, los criterios que teníamos que seguir. Primero, leer bien el atestado, y decir que tenemos que medir, lo primero, que estamos afectando un derecho fundamental, ese derecho fundamental tenemos que equilibrar el derecho al secreto del derecho superior del Estado a investigar esta causa y averiguar que es lo que ocurre, si se está cometiendo un delito quién lo puede cometer. Entonces nuestro Tribunal Constitucional nos fijaba unas resoluciones, unos principios, que debíamos ponderar, que venían recogidos sobre todo en una Sentencia de julio de 2000, que decía que el respeto a la legalidad constitucional de la autorización judicial de la intervención telefónica exige la concurrencia de una resolución motivada de la autoridad judicial que es lo que la Constitución requería y esa, en esa resolución teníamos que ponderar la proporcionalidad, en cuanto que solamente se podía autorizar cuando estuviéramos persiguiendo delitos de notoriedad gravedad, la especialidad de la materia a investigar, porque solamente era posible decretar la intervención telefónica para investigar actividades delictivas específicas respecto de las diligencias o procedimiento que estuviéramos abriendo por un delito concreto, la necesidad, eh, y la justificación de la autorización. Con esos parámetros generales que os estoy diciendo, luego.... para no extenderme demasiado, pues nosotros

fundamentábamos, mirábamos la resolución, hablábamos, la policía acude, los agentes acuden, nos miran, estará fundamentada, no estará fundamentada, porque tienen mucho temor porque tener en cuenta que muchas veces nos encontramos con que la única manera que tiene ese grupo para poder comprobar si existe ese delito y quienes son los autores es que nosotros le autoricemos que pinchen los teléfonos, por decirlo en un sentido coloquial. Si no se lo autorizamos se le viene al traste un montón de ilusiones y nosotros nos encontramos con que queremos colaborar en la mayor manera posible pero que tenemos que ver que se trata de un derecho fundamental y que debemos ponderar, motivar y ajustar nuestra resolución a todos esos parámetros que nos están diciendo. Muchas veces entrevistamos con los agentes, les decimos mira esto está flojo, nos tenéis que justificar que es la única manera la intervención telefónica, hacer más seguimientos, mirar más, bueno se van, vuelven, nos lo ampli... y entonces yo hasta ahora era una coordinación del equipo de judicial.... el equipo de investigación policial y nosotros, para no ser excesivamente nosotros siesos por decirlo todavía más coloquial y permitirselo, porque si no se frustra la investigación. Recientemente hemos tenido una banda de ciudadanos rumanos que han estado robando en casa habitada bastante fuerte y que se localizaron en Sevilla y se sabía, o sea, localizado por la mirilla la señora los descubrió, vio a uno, el otro lo estaba esperando, pero no lo detuvieron, cogió un autobús... un tren, se vino a Bahía Sur y sabían quiénes eran, tenían el teléfono, sino les dábamos la autorización no tenía manera de coger a todos los que eran. Vale, pues se autorizaba, con esas medidas, le dábamos por un mes, se acordaba el secreto de las comunicaciones, procesalmente cómo se materializaba, no había una resolución judicial que nos dijera hay que abrir una pieza separada. Vosotros sabéis que llega un atestado, se abren unas diligencias previas por los delitos que corresponda, es que una cosa es la teoría por eso os digo una vez que lleguéis al juzgado y ahí se van anotando todas las diligencias que se practican.

Si en esa investigación hay una intervención telefónica lo más práctico es que se pudiera abrir una pieza separada, esa pieza separada... igual que se abre una pieza separada de responsabilidad personal cuando se decreta la prisión provisional u otra medida cautelar de naturaleza personal pues se adoptara también esa pieza separada y se fijara ahí las intervenciones telefónicas. Ahora como veremos con la reforma es ya obligatoria esa pieza separada y se acuerda el secreto de las comunicaciones y la policía se lleva su intervención y tiene ya la obligación de cada quince días darnos los informes correspondientes. Hasta ahí era la reforma. Como veis era una situación de un sólo artículo de legislación digamos ordinaria que era la LECrim., un sólo artículo de reconocimiento del derecho con manifestaciones europeas, pero era todo una interpretación jurisprudencial Por lo tanto, la propuesta que ha hecho del Código Procesal penal que se presento por la comisión institucional para la elaboración de un texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues era una necesidad y realmente justifica la Exposición de Motivos de la ley dice que se encuentra uno de los fundamentos es el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del derecho de la Unión Europea y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas en el ámbito de los derechos a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y a los datos personales garantizados por la Constitución. Porque no sólo estaba el problema de la poca regulación sino que está el problema de que la tecnología ha aumentado de una manera bárbara, cuando se.... las intervenciones telefónicas cuando se entró en vigor en el año 88, yo creo que no había ni telefonía móvil, actualmente no hay telefonía móvil sino que hay datos SM, ISM, Whatsapp, Line, todo hay una cantidad de maneras de comunicación vía telefónica o telemática que no tenia regulación. Pues bien ha sido necesario este proyecto de ley es importantísimo y de hecho la definición del proyecto es el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la

regulación de las medidas de investigación telefónica, es el fundamento sobre todo de esta regulación. ¿Qué es lo que hace este proyecto de Ley Orgánica?. Pues va cogiendo todo lo que nuestro Tribunal Constitucional ha ido fijando a los jueces de instrucción para que podamos fundamentar nuestras resoluciones de intervención y lo va a ir plasmando. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ahora se está impulsando pues comprende medidas que desarrollan derechos fundamentales y otros de naturaleza procesal y sobre todo lo que tenemos que tener en cuenta, como ha dicho antes Virginia, aquí se trata de derechos fundamentales, y por eso es una Ley Orgánica como yo creo que vosotros ya tenéis que ir sabiendo la que tiene que regular. Luego también era necesario trasponer al ordenamiento interno la Directiva del Parlamento Europeo del año 2013 sobre el derecho a la asistencia del letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y por lo tanto ha sido necesario la regulación. Y luego lo que ha hecho es quizás, sobre todo en materia de intervención, que es que autoriza la intervención y el registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación, telemática, lógica o virtual, término desconocido cuando.... con la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero lo que hace es, yo no sé si habéis estado... mi compañero antes ha hablado de la instrucción, se planteó la posibilidad de dar un poquito más de papel en la instrucción al Ministerio Fiscal, si este proyecto sigue adelante sigue dejando a los jueces de instrucción el que determinen el papel importante de determinar el alcance de la injerencia del Estado en los derechos fundamentales y derechos de los particulares. Ahora bien introduce una... una... un punto nuevo que si la práctica habitual era que cuando un juez de instrucción recibe una solicitud de intervención telefónica le diera parte o se lo trasladara al Ministerio Fiscal, no era obligatorio, el juez podía decidir, sin dar previo traslado para informe ni para ser oído, podía decidir sobre la intervención telefónica o no. Ahora ya si

establece. Pero por lo tanto sigue este proyecto residenciando en el juez de instrucción la facultad de decidir. La regulación bueno si acudimos a la sistemática, llevo ya once minutos y no me quiero extender, si acudís a la ley se introduce en el título octavo del libro segundo una serie de capítulos que parten de unas disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas. ¿Pero que ocurre? Que bajo mi punto de vista, yo no soy legislador en absoluto y no quiero yo criticar pero es que introduce un 500 bis con un montón de a) bis a), b), c), d), 588 ter, 588 quater, y eso tiene una dificultad sistemática a la hora de estudiar... pero bueno el legislador lo ha visto así pues nosotros no tendremos más que acatarlo, ¿vale?. Como podéis ver, si me seguís, el título octavo lo reforma completamente y habla de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18. El capítulo primero es la entrada y registro, que ya ha dicho Virginia, el capítulo segundo el registro de libros y papeles, el capítulo tercero, de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telemática. Pues bien, el capítulo cuarto, dentro de las disposiciones comunes, del 588 bis a) al bis k) estudia una serie de disposiciones comunes que son los principios rectores que no es otra cosa que los principios constitucionales que nos fijó el Tribunal Constitucional que debíamos de seguir los jueces en nuestras resoluciones, que tiene que ser siempre previa solicitud judicial, que esa solicitud puede ser a instancia de la policía judicial o del Ministerio Fiscal y que en esa solicitud ya fija lo que la policía o el Ministerio Fiscal tienen que concretar: la descripción del hecho objeto de la investigación y la identidad del investigado, la exposición detallada de las razones que lo justifiquen, la extensión de la medida, en fin, todo eso. Luego la resolución judicial en el art. 588 bis c) establece que autorizara o denegara mediante Auto motivado, y ahora sí dice, oído el Ministerio Fiscal, y la resolución tiene que dictarse en el plazo máximo de veinticuatro horas, otra novedad. No se nos establecía a los jueces de instrucción el tiempo en el que teníamos que dictar el Auto en el que

autorizáramos o no. ¿Qué plantea? Eso parece que no pero planteaba machísimos problemas. ¿Era una cuestión a resolver en el juzgado de guardia?, ¿tenía que entrar a reparto? Porque una cosa con la que os encontraréis el día de mañana si ejercéis sea de la manera que sea es que la policía judicial investiga el juez que está o el juzgado que está de guardia y va preparando el atestado muchas veces y dice está fulanito que es muy reacio a dar las autorizaciones vamos a esperar que entra la semana que viene tal. Entonces se esperaba, hombre no es la practica general, pero la policía tiene facultades para elegir al juzgado que sabe que puede ser más fav... no es lo normal pero puede ocurrir. Ahora no, siempre es una cuestión de urgencia y tiene que resolverse en el plazo de veinticuatro horas. Ahora bien, el juez si considera que no está suficientemente fundamentada pues puede dar un plazo nuevo para que la policía se lo autorice. El art. 588 bis como he dicho establece la obligación de abrir una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se decrete expresamente el secreto, que anteriormente sí, y luego estudia más disposiciones generales de solicitud de prórroga de control de la medida, los supuestos que afecten a terceras personas, el cese.... y luego la interceptación de las comunicaciones telefónicas vuelve a regular del artículo 588 ter a) a ter i) otra serie de presupuestos que son las plasmaciones igual, regula cómo se tienen que incorporar al proceso los datos electrónicos puesto ¿qué pasa?, que ahora tenemos, por ejemplo, que se pidan las... como puedo decir yo... los mensajes de texto, los mensajes de Whatsaap, todo eso, son documentaciones que tienen que ser incorporadas, tiene que ser sometidas al contraste entre las partes, a que esté el cotejo del secretario judicial que ve que corresponde con la intervención, todo esto viene muy regulado, no me da tiempo a explicarlo bien, los supuestos... actualmente existe un supuesto muy claro, por ejemplo, cualquiera de vosotros que ha perdido el teléfono móvil, lo perdéis pero ahora perfectamente se puede con nuestra autorización, autorización judicial, se les da unos mandamientos, unas autorizaciones a la

policía, y pueden localizar perfectamente los teléfonos, quien le ha introducido cada una de las tarjetas al teléfono y se localizan los teléfonos. Todo eso viene ahora muy muy regulado, cómo se controla, cómo se afectan a terceras personas... Luego establece una regulación muy específica de aquellos supuestos.... ahora mismo se puede saber mediante unos sistemas de captación de antenas las llamadas, los móviles que están llamando, por ejemplo, ahora mismo si nosotros utilizamos el teléfono móvil y hay una red de captación, que la hay, pues sabrían que tú, tú, tú y yo, hemos estado.... el teléfono que nos pertenece a nosotros ha estado hablando, con lo cual se puede acotar mucho más. En fin la regulación, dejando al margen lo farragoso del número de artículos, creo que es imprescindible, no sé si la... los problemas políticos que habrá ahora, lógicamente, con las elecciones de noviembre permitirá, pero que es imprescindible os lo digo porque existe un vacío se ve gratamente regulado con esta reforma y nada más, llevo dieciocho minutos, lo siento, me gustaría hablar un poco más pero muchas gracias.

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INSTRUCCIÓN¹

Dr. D. FELIPE MELÉNDEZ SÁNCHEZ
Abogado del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Cádiz

Muchas gracias, no somos compañeros desde hace treinta y dos años, vamos, un poquito menos. Bueno muchas gracias es obligado agradecer al... al profesor D. Arturo Álvarez la invitación que me cursó para asistir a esta jornada e igualmente y de forma recíproca traslado tanto a Lourdes del Río como a Virginia Alonso y también a la profesora que ha intervenido en primer lugar pues el honor que supone compartir la esa hoy día para poder hablarles a ustedes un ratillo con respecto a mi... creo que peculiar punto de vista que les voy a trasladar a ustedes. En principio, a diferencia de cuanto decía la magistrada que me ha precedido en el turno de palabra, más que trasladarle yo algo a ustedes lo que quiero agradecer es la ocasión de poder trasladar lo que son mis sentimientos y que me va a servir de alguna manera pues para desahogarme de lo que puedo entender que es el proyecto o el borrador ¿no? que tenemos de proyecto e igualmente me siento confortado por tener una compañera presente que en parte, pues dentro de los asistentes que hay aquí, pues me puede a lo mejor interesar su apoyo en algún momento. Yo en principio, el tema que se me asignó, la defensa de los derechos fundamentales en la instrucción pues prácticamente ya, como decía Virginia, difícilmente es compatible entre los otros temas que íbamos a abordar en la mesa y creo que... que puede ser un poco romper el... el hilo de una charla tipo en el sentido de amenizarle a ustedes un poco la cuestión de la tarde porque además

¹ Este texto se corresponde con la transcripción de su intervención obtenida de vídeo de la Jornada.

luego tienen otras tres ponencias. El derecho penal está dirigido a lo que es la averiguación del hecho criminal que se está investigando. Esta verdad que se persigue es la que debe llevarse a efecto a través de un procedimiento y choca o debe chocar con el predicado que establece la Constitución Española con respecto a determinados derechos fundamentales, Y ahí está la cuestión, en el juego entre perseguir la verdad o la dirección a conseguir la verdad que persigue el proceso penal por un lado y por otro lado el respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. La paradoja está en que normalmente, cuando se saca a relucir la protección de los derechos fundamentales, pues por detrás existe una manifiesta o una presunta manifiesta culpabilidad de la persona a la que se le garantizan los derechos que choca a su vez con esa verdad que se persigue en el proceso y entonces es un difícil juego o complicado juego que mantiene o debe mantener un equilibrio porque no hay que olvidar que los derechos fundamentales, la protección de los derechos fundamentales, se prevé y se hace con vista a todo ciudadano español y no solamente al que luego resulta siendo declarado culpable. Hemos pasado en nuestro país de un proteccionismo total y absoluto tras la Constitución de 1978 de los derechos fundamentales en los que se defendían situaciones y había Sentencias en las que anulaban, por ejemplo, entradas y registros domiciliarios, en los que se decía que se había oído el traqueteo de prácticamente de lo que son prácticamente las pastillas de hachís amontonándose, se había dado la autorización, se había descubierto dentro dos mil kilos de hachís y se decía que no era suficiente indicio el ruido del apilamiento de la droga para poder entrar y dar el... la autorización, y existían los dos mil kilos. De ese hiperproteccionismo se ha pasado a todo lo contrario. Hay dos formas de ver lo que es el proyecto, la académica que estudia el derecho positivo, cuanto que se apruebe el proyecto y tenemos que asumirlo así, como Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la que no es académica y que supone la crítica de lo que es la ley y yo quiero entrar un poco en esa

materia porque creo que es muy importante. La... se llama la Ley Orgánica como modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales, bueno fortalecimiento de garantías procesales no es fortalecimiento de garantías procesales, es dar cobertura a la limitación de los derechos fundamentales que venía excediéndose de lo que tenía una cobertura legal y me explico. Me explico no, se explica el legislador porque lo dicen en la propia... en el propio exposición de motivos dicen, por ejemplo, hoy por hoy carecen de cobertura y su subsanación, no puede... porque habla respecto a la garantías de derechos, su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable, sólo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal. Es decir, la interpretación que hace el legislador no es no podemos llevar a cabo una limitación del derecho fundamental porque se está afectando un derecho fundamental. ¿Cómo se... cómo se regulariza? Pues dando cobertura legal a lo que hasta ahora se hacía con una difícil argumentación que era la integración jurisprudencial. Pero es que lo vuelve decir más tarde y dice la práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que en su caso habilite la medida de injerencia. Vamos aquí tengo el honor de tener en la misma mesa a representantes de la judicatura y la fiscalía y no van a poder decir que no porque es el real se ha recurrido, por ejemplo, en las autorizaciones telefónicas a motivaciones que se remiten al argumento que establece en un oficio la policía judicial, se ha interesado por el Ministerio Fiscal cuando hay unas diligencias secretas el Ministerio Fiscal es el que debe

brindar por la garantía de los derechos fundamentales y cuando no ha habido una notificación expresa de un Auto, por ejemplo, de prórroga de secreto de actuaciones, se ha llegado a la integración jurisprudencial de que no hace falta notificar al Fiscal porque el Fiscal siempre está presente en el secreto de las actuaciones. ¿Qué quiero decir con esto? Con esto quiero decir que la Ley de Enjuiciamiento y ahora el borrador que se... que se.... que se nos somete lo que hace es una especie de proteccionismo legal a esa restricción in crescendo que se lleva de los derechos fundamentales y eso es lo que se hace. Resulta curioso y quiero... porque realmente si uno se para a leerlo y sobre todo con la óptica que tenemos los letrados que es realmente distinta a la que pueda tener a lo mejor a la doctrina, porque va el derecho positivo, el Ministerio Fiscal, que va a ultranza también a lo que la ley dice, tanto la Constitución como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la magistratura, que aplica obviamente lo que la ley también dice. Pero qué pasaría, yo quiero someterlo a ustedes por ejemplo, qué pasaría si nos vamos, por ejemplo, al artículo 588, lo digo como... como comentario crítico y me la juego eh, pero dice, orden de conservación de datos, por ejemplo, y dice el Ministerio Fiscal o la policía judicial podrán requerir a cualquier persona jurídica la conservación o protección.... lo que ponga, que pusiera a continuación en caso de que el Ministerio Fiscal tuviere intereses privados o particulares en la diligencia que está pidiendo se entenderá que se abrirá un procedimiento contra el mismo, por ejemplo, o cuando habla del juez que acuerda directamente la instrucción de un procedimiento hiciera argumentos o alusión a una actitud delictiva posible del juez. Nos parecería... nos llevaríamos las manos a la cabeza. Pero es que nos vamos al 118 a la nueva regulación del 118 que habla del derecho de defensa y se queda uno realmente de piedra, uno que sea letrado, claro, lógicamente, cuando.... cuando leyendo el precepto dice que se garantiza el derecho de defensa y dice, concretamente porque es que a ver si lo encuentro porque es realmente llamativo, dice.... efectivamente, dice que podrá haber

comunicaciones en las conversaciones y comunicaciones que se garantiza las comunicaciones del detenido con el letrado y dice un apartado, increíble, “lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria”. Es decir, el derecho de defensa se lleva a tal límite que el abogado es sospechoso, o sea a ese punto, pero no solamente una vez, es que nos vamos y dice bueno se garantiza el derecho de la defensa pues así, a bote pronto, porque está pintarraqueado el proyecto que me ha facilitado amablemente Arturo nos dice, por ejemplo, se puede garantizar el derecho de defensa y la... el.... se introduce como elemento nuevo, muy solicitado toda la vida por los letrados, que cuando se asiste a un detenido se pueda tener acceso al atestado, al atestado policial. Lo lees y dices hombre tenemos un aumento en las garantías del detenido. El siguiente párrafo: “la autoridad o funcionario público responsable de la custodia del detenido podrá acordar motivadamente restringir o aplazar el ejercicio de este derecho cuando resulta necesario para evitar un riesgo relevante para la vida, la integridad, pero dice, o para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o proceso”. Toda detención inicial, toda detención inicial es comprometida para el resultado posterior del proceso. La primera, incluso, la primera asistencia que puedes hablar con el detenido, teóricamente aquí puedes acceder tanto... existen, me lo he comido, existen dos posibilidades nuevas en la ley, acceder al atestado policial y entrevistarse antes con el detenido. El atestado policial se lo pueden restringir, lo pone en la propia ley, y la asistencia al detenido se le puede restringir si puede entorpecer la investigación que la va a entorpecer siempre entre otras cosas porque le va a decir que no declare, es que está claro, y entonces dirá la policía sino declara pues no me entero de lo que tengo que investigar a continuación, luego se le

restringe el derecho de defensa. ¿Qué quiere decir con eso? Pues que hay más, que nos dice aquí, dice por ejemplo, puede limitarse el derecho a entrevistarse reservadamente con detenido incluso antes de que se le reciba declaración por la policía. Eso lo dice en uno de los apartados innumerables del 118... del 520 me parece que es el que está aquí que es el 520, efectivamente. Y luego hay otro tercero incluso que dice, que esto ya es el colmo, cabe la posibilidad de que en delitos contra la seguridad vial el detenido pueda renunciar a la asistencia letrada. Y dice, cómo sabemos que el detenido, imaginemos, llega al juzgado y ha renunciado con su hojita renunciando a la asistencia letrada, pues está claro, ha renunciado y dice aquí, siempre que se le halla informado, facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de renuncia. ¿De eso quién da fe? Si la asistencia letrada es precisamente para poder acreditar que todo se hace conforme a ley, para poder acreditar se la han leído los derechos, para poder acreditar que comprende el motivo de detención, introduce la ley de procedimiento penal una motivación que le quita al detenido la posibilidad obligada de tener presencia de una asistencia letrada. Es decir, eso de entrada. Si nos introducimos en el procedimiento nos vamos dando cuenta de que realmente la limitación de derechos es una detrás de otra. Nosotros lo que tenemos es bajo el pregón de que existen unos derechos fundamentales como son aquí los que se han dicho, la inviolabilidad domiciliaria... todo el artículo 18, incluso el artículo 15 también de la Constitución y lo que se hace es un argumento jurídico básico que permita apretar los derechos constitucionales y reducirlos donde antes resultaba clamorosamente penoso porque se venían infringiendo. Es tremendamente grave, yo no entiendo como estas cosas pueden pasar, que en el propio preámbulo de exposición de motivos de la ley en dos apartados se diga hoy por hoy carecen de cobertura. Carecen de cobertura, lo dice el legislador, oiga debajo, detrás de carecen de cobertura hay muchas condenas, hay muchas condenas de autorizaciones que está diciendo

el legislador que no eran válidas y se han mantenido como válidas sin cobertura. ¿Por qué sin cobertura? Porque usted lo dice y ahora es cuando está dando usted la cobertura, cuando ya están en prisión. Y hay otro apartado que dice la práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo, no es ajena, la práctica forense no es ajena, es decir, que estamos siendo conscientes de que con carencia de motivación se están autorizando determinadas autorizaciones de injerencia en parcelas que están protegidas por derechos fundamentales. En definitiva, se trata de una ley defensiva, ley defensiva muy acorde con el momento en los tiempos actuales en los que vivimos que se legisla a golpe de suceso. Resulta realmente penoso, y vuelvo a cargar un poco las tintas, en la denominación, el cambio de imputado, reo, por investigado y encausado. Bueno, o sea que aquí se diga y está totalmente e inmediatamente vinculado con derechos fundamentales que se diga como todos conocemos que existe una situación, que yo no reconozco mi ignorancia, yo no lo había estudiado en mi vida, de preimputado, el preimputado famoso que se ha introducido ahora en el proceso. ¿Qué es un pre imputado? Es aquel que se le menciona en un proceso y para garantizarle a él su defensa puede personarse y hacer alegaciones y no sé lo que me están imputando. Pero es que curioso resulta siempre que se dice, porque lo que hacen es leernos el articulito lógico, oiga mejor venga usted, en vez de venir como testigo, mejor venga usted con muchas más garantías con su abogado. Y era para decir, un momento Señoría, ¿usted querría venir como testigo o con todas las garantías como imputado?. Seguramente el 99%, no, el 100% de quien ofrece la posibilidad de venir con mayores garantías preferiría venir con menos garantías pero de testigo. Bueno pues se cambia el término y se pasa a investigado y encausado que es... es un reflejo directo de la situación del preimputado que actualmente se está hablando continuamente en los medios de comunicación y lo que es peor dentro del procedimiento judicial. Y este investigado-encausado, que se dice

del investigado, lo dice el preámbulo, persona sometida investigación por su relación con un delito pero que no tiene, pero que no tiene la... la inclusión de una.... ya expresión que pudiera tener otras connotaciones como es imputado. El imputado está diciendo alegue usted, ya prácticamente es culpable, va a venir usted mejor como investigado-encausado. ¿Qué ocurre?. Que no cambian las consecuencias del investigado-encausado. Dice bueno no vamos a utilizar imputado ni reo, nos quedamos con investigado o encausado, pero que resulta que alguien que tiene una relación que pasaba por allí, somera, con el procedimiento judicial, se puede acordar cualquiera de las medidas que nos han dicho Virginia o Lourdes, en cualquier momento. Y lo que es peor, se puede acordar la injerencia en lo que es los derechos fundamentales afectantes a la integridad física, es decir, se le puede tomar ADN, se le puede hacer una muestra de sangre, se le puede tomar una muestra de orina, se le puede tomar una muestra de cabello. Bueno, ¿esto qué es?. O sea realmente es una Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un borrador que tendremos que asumirlo, un borrador que cuando sea derecho positivo lo tendremos que aceptar todos desde los ciudadanos hasta los que estamos integrados de una manera o de otra en la Administración de Justicia pero que antes, al menos antes, hay que realmente patlearlo, porque en el fondo, cuando designan aquí como tema la defensa de los derechos fundamentales en la instrucción, realmente aunque la ley dice que lo defiende el Ministerio Fiscal, y si hay una tertulia o hay algún tipo de debate pues que Virginia si quiere que me diga lo que sea, realmente la defensa de los derechos fundamentales en la instrucción exclusivamente la tiene el letrado y nos encontramos con una reforma del artículo 118 que como mínimo, como mínimo, coloca de sospechoso al letrado. Esa es la defensa que hay de los derechos fundamentales en instrucción. Anti... hay una, en principio porque iba a hablar también de otro tema al principio, la Ley Orgánica 14 de 2003 introduce la posibilidad de tomar muestras físicas en la persona de forma

obligada. Yo recuerdo un asesinato muy cruento en el que... en el que yo intervine y que la persona imputada se había, adrede, quemado las manos en un horno y se había quemado las huellas. Entonces la... la... el... cuando se reproduce la piel para el tema de huellas se interesa por el Fiscal que se tomara la... la... obligadamente, nos opusimos y no pudo acordarse la fuerza, a la fuerza la toma de muestras. Hay una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en el año 2003 permite ese, esa toma de muestras contra la voluntad del imputado. A esa... vamos en este caso el hombre fue condenado pero bueno esa Ley Orgánica no puede hablarse de garantías procesales. Se hablará de garantías procesales porque da una cobertura procesal pero indudablemente lo que hace es empujar un poquito más allá el derecho fundamental, está claro. Y por último y ya acabo para no excederme del tiempo hay una Sentencia también que establece un antes y un después del Tribunal Constitucional que es la que determina también la posible injerencia obligada en las muestras personales que es la Sentencia 207/1996 del Tribunal Constitucional que lo que hace es un pasito más también en el mismo sentido. Es decir, en definitiva lo que quiero trasladaros a ustedes es que realmente la confluencia de derechos fundamentales con la investigación del proceso es complicada y que realmente camino que se lleva es, por supuesto, dar cobertura antes está la, la.... Limitación del derecho constitucional y después lo que hace el legislador es aprobar una ley que da cobertura a esa limitación que se está efectuando. No es ni mucho menos como se está trayendo aquí en el sentido de que hay que establecer una ley que garantice los derechos constitucionales mientras que se está investigando el proceso penal. Muchas gracias.

IV. ENJUICIAMIENTO Y EJECUCIÓN PENALES

EL NUEVO JUICIO POR DELITOS LEVES (LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO)

Dra. Dña. ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

Sumario

I. INTRODUCCIÓN A LOS PROCESOS POR DELITOS LEVES

II. DELITOS LEVES EN EL CÓDIGO PENAL

III. PROCEDIMIENTO PARA TRAMITAR LOS PROCESOS POR DELITOS LEVES

IV. LA ACTIVIDAD INSTRUCTORA Y PRINCIPIO ACUSATORIO EN LOS PROCESOS POR DELITOS LEVES

I. INTRODUCCIÓN A LOS PROCESOS POR DELITOS LEVES

La originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal estableció dos procedimientos ordinarios para tramitar los procesos penales ordinarios: el procedimiento común ordinario para los procesos por delito y el procedimiento para procesos por falta¹. A este respecto, el Libro VI de la Ley

¹ Previó como *procedimientos especiales y sumarios* los relativos a delitos *in fraganti*, a delitos de injurias y calumnias contra particulares, a los cometidos por medio de la imprenta u otro medio de publicación y al de extradición (Exposición de Motivos de la Ley de

de Enjuiciamiento Criminal ha permanecido con la misma intitulación, *Del procedimiento para el juicio sobre faltas*, desde su aprobación primigenia hasta la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal² (en adelante, LORCP). El legislador decimonónico utilizó el término de “juicio” como equivalente a “enjuiciamiento”, diferenciando así del *procedimiento* por el que se encauza³.

Por razones de política criminal, el legislador de 2015 suprime las faltas en el Código Penal y, por consiguiente, el sistema procesal penal debe adecuarse al respecto. Eliminadas las faltas, carecería de justificación mantener un procedimiento específico y autónomo para su tramitación. Ahora bien, la supresión de las faltas ha sido más aparente que real al transformarse, parte de ellas, en delitos leves, a pesar de que el legislador afirme que “la reforma supone la derogación completa del Libro III del Código Penal, de forma que desaparece la infracción constitutiva de falta”⁴. Se mantiene, así, “aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa”⁵. En los nuevos delitos leves se

Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882), y especialidades procedimentales en el caso de procesos penales dirigidos contra diputado o senador y contra jueces y magistrados.

² En aplicación de la Disposición final octava de la LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, entró en vigor el día 1.º de julio de 2015.

³ Para F. RAMOS MÉNDEZ, las normas de procedimiento son las que disciplinan al proceso, en la medida en que “señalan los cauces a utilizar, establecen el orden de las actuaciones, miden en unidades de tiempo su duración”. Son reglas técnicas, normas técnico-jurídicas, porque “vienen concebidas en función de la mayor utilidad para el enjuiciamiento” (*El sistema procesal español*, Barcelona, Edit. Atelier, 2005, ISBN 8496354539, pág. 322; *Derecho y proceso*, Barcelona, Edit. Bosch, 1979, ISBN, 8472940896, págs. 43 y 44), ya que el procedimiento “ofrece la técnica adecuada para el ejercicio de la acción y de la jurisdicción” [el procedimiento es una técnica para conseguir algo (*Derecho y proceso*, *op. cit.*, págs. 45 y 46)].

⁴ “La supresión de las infracciones constitutivas de falta introduce coherencia en el sistema sancionador en su conjunto”, párrafo XXXI de la Exposición de Motivos de la LORCP.

⁵ *Ibidem*.

subsumen, pues, conductas delictivas tipificadas como falta hasta ahora, y que considera necesaria su permanencia en la ley penal.

Al prescindir el Código Penal de las faltas y crear una nueva clase de infracciones penales, desde la perspectiva procesal, resulta imprescindible determinar el procedimiento a seguir en la tramitación de los procesos por delito leve. La LORCP opta por mantener el procedimiento del Libro VI de la LECrim.⁶, es decir, el mismo por el que encauzan los procesos por faltas, si bien con las adaptaciones que el legislador ha considerado necesarias. Estas adaptaciones no responden, en esencia, a las peculiaridades de los delitos leves, sino a mera política legislativa. Aunque no sorprende esta solución legal en la medida en que, en la propia Exposición de Motivos de la LORCP, se entiende que la diferencia entre delitos y faltas no es cualitativa, sino que las diferencias “son puramente formales”⁷, aunque resulta relevante a efectos procesales como veremos.

No obstante, se ha diseñado dichas adaptaciones del procedimiento del Libro VI de la LECrim. a la nueva clase de delitos leves a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LORCP, que eran mínimas en el inicial Proyecto de LORCP. Ello denota que la atención hacia los aspectos procesales de la reforma penal quedan relegados a un segundo plano,

⁶ En su Exposición de Motivos, se puntualiza que “la reforma se completa con una revisión de la regulación del juicio de faltas que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que continuará siendo aplicable a los delitos leves” (parágrafo XXXI).

“La supresión de las infracciones constitutivas de falta introduce coherencia en el sistema sancionador en su conjunto, pues una buena parte de ellas describen conductas sancionadas de forma más grave en el ámbito administrativo; en otras ocasiones, se trata de infracciones que son corregidas de forma más adecuada en otros ámbitos, como las faltas contra las relaciones familiares que tienen una respuesta más apropiada en el Derecho de familia; y, en algunos casos, regulan conductas que, en realidad, son constitutivas de delito o deberían ser reguladas de forma expresa como delito” (Exposición de Motivos de la LORCP, parágrafo XXXI).

⁷ Parágrafo XXXII de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (en adelante, BOCCGG), X Legislatura, serie A, núm. 66-1, 4 octubre 2013.

ventilados con una propuesta de Disposición adicional tercera en la que se consideraba que las faltas que pasaban a ser delitos leves⁸ tuvieran la consideración de faltas penales a efectos de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.)⁹. Dicha enumeración desaparece a lo largo de tramitación parlamentaria, puesto que no recogía todas las conductas tipificadas como delitos leves finalmente aprobadas en la LORCP. Es decir, el Proyecto LORCP introduce una nueva clase de infracciones penales, que, a efectos procesales, seguiría teniendo como faltas, lo que llevó a mantener inicialmente la denominación del Libro VI, *Del procedimiento para los juicios sobre faltas*. El prelegislador olvidó que las normas penal y procesal han de guardar siempre coherencia entre sí y que han de dar respuesta a una misma realidad. No constituyen compartimentos estancos. Después de algo más de un año de andadura parlamentaria del Proyecto, es en el trámite en el Senado¹⁰ cuando se modifica la Exposición de Motivos y el articulado con el cambio de denominación del juicio sobre faltas por el de juicio sobre delitos leves, con modificaciones adicionales en el articulado.

La técnica legislativa utilizada, desde el punto de vista procesal, resulta, cuando menos, confusa a la par que desconocedora de la propia estructura del proceso de faltas, a los que no se dota formalmente de fase de instrucción, lo que ha venido siendo así, de forma ininterrumpida, desde 1882. Pese a la notoriedad de la carencia formal de fase de instrucción del juicio de faltas, el

⁸ En principio, los previstos en los arts. 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 173.4, 234.2, 249, 263, 274.2.2.º y 270.1.2.º CP (Disposición adicional tercera del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOCCGG, X Legislatura, serie A, núm. 66-1, 4 octubre 2013).

⁹ El texto aprobado en el trámite del Pleno del Congreso de los Diputados mantenía la consideración de faltas penales a efectos de la aplicación del procedimiento del Libro VI de la LECrim. (Disposición adicional segunda), BOCCGG, X Legislatura, serie A, núm. 66-5, 2 febrero 2015.

¹⁰ El Dictamen de la Comisión de Justicia del Senado adapta la LECrim. a la nueva clase de delitos leves, eliminando así la referencia a las faltas. Cambia el nombre del procedimiento con la sustitución de la denominación “faltas” por la de “delitos leves”, aparte de incorporarse nuevas modificaciones a la redacción de los arts. 962 y ss.

legislador declara que “la *instrucción* y el enjuiciamiento de los delitos leves” (la cursiva es nuestra) cometidos tras la entrada en vigor de la LORCP se sustanciarán conforme al procedimiento del Libro VI LECrim. Dicha fase no se prevé explícitamente en ese Libro VI, sino sólo las actuaciones preparatorias del juicio oral o vista¹¹ sobre la base del mismo procedimiento previsto para los procesos de falta, es decir, regula su *conocimiento* y enjuiciamiento.

Cuestión diferente, en la que este legislador no entra y que sí es debatida en la doctrina, es la relativa a si el proceso declarativo de faltas, lo que se haría extensible *ahora* a los procesos de delitos leves, ha de constar de dos fases y, por consiguiente, si se le ha de otorgar una mínima fase de instrucción, lo que en la práctica forense sucede con cierta habitualidad con anterioridad a citar al acto del juicio oral o de la vista¹² en los procesos de faltas.

¹¹ Disposición adicional segunda LORCP: “La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”.

La redacción de esta disposición adicional segunda se ha modificado a lo largo de la tramitación parlamentaria. En el texto aprobado por el pleno del Congreso (BOCCGG, X Legislatura, Serie A, núm. 66-5, 2 febrero 2015), disponía lo siguiente: “los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley, tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, la instrucción y el enjuiciamiento de dichos delitos se sustanciarán conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario”.

¹² *Vid., v.gr.*, F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, Edit. Atelier, 11.^a ed., 2014, ISBN 978-84-15690-63-4, págs. 57 y 58. Para este autor, “en el juicio de faltas se cumple la estructura tipo del juicio penal: instrucción, juicio oral y ejecución”, y añade que “es aventurada la opinión tradicional que reduce el juicio de faltas al acto de celebración del juicio, sin fase previa de instrucción. Antes bien, la experiencia demuestra lo contrario. Pocas veces es posible acudir directamente a un juicio de faltas, sin un mínimo de actividad de instrucción. [...] Por muy abreviada que resulte la instrucción, siempre existe un germen que es el que, en definitiva, permite calificar el hecho como falta” (*ibidem*, pág. 58). R. BELLIDO PENADÉS, “La imparcialidad judicial y la separación de funciones de

Algunas faltas quedan despenalizadas¹³ al estar prevista su “sanción” en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, mientras que otras se penan con mayor gravedad al considerarlas delitos. Sin embargo, la paradoja es que se convierten en delitos leves, con una penalidad mayor que la prevista hasta entonces como faltas, pero su tratamiento procesal no difiere del otorgado a las faltas con la incorporación adicional de algunas manifestaciones del principio de oportunidad¹⁴ en el procedimiento para los juicios sobre delitos

instrucción y enjuiciamiento en el juicio de faltas”, en *Derecho, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum I*, AA.VV., Barcelona, Edit. Atelier, ISBN 978-84-15690-23-8, 2013, págs. 102 y ss., y *Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio por faltas*, Madrid, Edit. Dykinson S.L., 2012, ISBN 978-84-15454-10-6, págs. 218 y ss. Este último autor señala que, a pesar de la ausencia legal de fase de instrucción en el juicio de faltas, “la práctica demuestra que en no pocos supuestos resulta necesaria una actividad de «preparación» del juicio de faltas antes de proceder a su señalamiento y convocatoria del acto del juicio” (*ibidem*, pág. 219).

¹³ E. PEDRAZ PENALVA diferencia entre el uso de los términos *despenalización* y *desjudicialización*, que se utilizan, en ocasiones, con cierta imprecisión. En sentido estricto, por *despenalización*, se entiende “el traslado, en general, del ámbito penal al administrativo sancionador de determinadas conductas” o también “la prescripción normativa penal material previsor de «despenalización» sin más de singulares conductas cuando concurren específicas circunstancias”. Por *desjudicialización*, se comprendería a “determinadas conductas incluidas en los códigos penales, aunque sean calificadas como de bagatela o de mínima importancia”, que “no llegan a ser enjuiciadas”, lo que incluye la hipótesis de la aplicación del principio de oportunidad reglada en relación a determinados delitos. “Gráficamente podría concretarse lo dicho en que la despenalización ha de producirse normativamente en tanto que la desjudicialización tiene lugar simplemente por mor de su no acceso a la Justicia” (*Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Edit. Colex, 2000, t. I, ISBN 84-7879-588-X, págs. 175 y 176).

¹⁴ E. PEDRAZ PENALVA puntualiza, tras sus reflexiones doctrinales en torno al principio de oportunidad, que “«a priori» no es totalmente negativo ni rechazable el principio de oportunidad reglada teniendo en cuenta que, como tal, aparece legalmente acogido. De este modo asumo, aunque, con ciertas reservas, la Recomendación n.º R (87) 18 del Comité de Ministros sobre la simplificación de la Justicia penal según la cual «la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por la ley»” (*Derecho Procesal Penal. Principios del Derecho Procesal Penal, op. cit.*, t. I, pág. 171). Este autor admite, con precauciones y reservas, la oportunidad reglada en el proceso penal por varias razones: el proceso penal no se encamina a la búsqueda de la verdad material a toda costa (“no admito que sea de recibo defender la exigencia de un ilimitado deber de esclarecimiento[...]”); en Europa continental, “es constatable la falta de una plena vigencia del principio de legalidad” con la atenuación de la obligatoriedad de persecución de determinados ilícitos penales como “delitos contra la familia, pequeños hurtos en grandes almacenes, algunas apropiaciones indebidas” (*ibidem*, págs. 171 y 172), y, por ello, considera que, con una previsión taxativa,

leves, que aplicará el juez para sobreseer el proceso incoado a partir de la valoración de la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, siempre previa petición del Ministerio Fiscal. La justificación esgrimida por el legislador de 2015 es que se pretende “una realización efectiva del principio de intervención mínima” y descargar a los tribunales de “asuntos menores carentes de verdadera relevancia que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves”¹⁵.

En cuanto a la competencia objetiva para conocer de los procesos sobre delitos leves, se modifica sensiblemente con respecto a la prevista para conocer las faltas. Así, se elimina la competencia objetiva de los Juzgados de Paz en el art. 14.1 LECrim., que pierden el conocimiento y fallo de procesos penales (hasta ahora, de determinadas faltas). Ahora bien, los Juzgados de Paz deberán seguir practicando las primeras diligencias cuando proceda en aplicación del art. 13 LECrim. en concordancia con el art. 100.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que no se ha modificado al respecto¹⁶, o mediante auxilio judicial.

sería viable la oportunidad “en atención a la clase e intensidad de la lesión y del bien jurídico colectivo afectado, no perseguir determinadas conductas [...]” (*ibidem*, pág. 173).

¹⁵ “En el caso de las infracciones de menor gravedad (los delitos leves) existen habitualmente conductas que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público. Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos” (parágrafo XXXI de la Exposición de Motivos de la LORCP).

¹⁶ El art. 100.2 LOPJ dispone que “en el orden penal, conocerán en primera instancia de los procesos por faltas que les atribuya la ley. Podrán intervenir, igualmente, en actuaciones penales de prevención, o por delegación, y en aquellas otras que señalen las leyes”. No quedaría previsión alguna en ley procesal penal que le atribuya esa competencia objetiva, pero no lo obstaría dicho art. 100.2 LOPJ en un futuro, porque el marco competencial lo permite.

En efecto, el art. 14 LECrim., modificado por la LORCP, dispone que el conocimiento y fallo de los *juicios por delito leve* corresponde al Juez de Instrucción, salvo que la competencia esté atribuida al Juez de Violencia sobre la Mujer en virtud del art. 14.5 LECrim. en concordancia con el art. 87 ter LOPJ¹⁷, o, por aforamiento, corresponda a otro órgano jurisdiccional penal. En el caso de que fuera un menor delincuente, mayor de 14 años y menor de 18 años, con independencia de la naturaleza del ilícito penal, la competencia objetiva será de los Juzgados de Menores o, en su caso, del Juzgado Central de Menores (art. 2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores -en adelante, LORMP-), además de tramitarse por el procedimiento previsto para el proceso penal especial de menores¹⁸.

Sirva como aclaración, que este trabajo se centra en el enjuiciamiento autónomo de delitos leves, sin analizar la acumulación por conexidad o los *incidentales* con otros hechos delictivos clasificados como delitos menos graves. Hemos de tener en cuenta que, según la Disposición adicional segunda de la LORCP, las menciones a *faltas* penales en las leyes procesales se entenderán efectuadas a *delitos leves*. A nuestro juicio, el legislador ha despachado en una disposición una modificación en la clasificación de los delitos que, procesalmente, tiene mayor repercusión no sólo en la determinación del procedimiento aplicable, sino en la determinación de otras cuestiones procesales como la competencia y la conexión.

En el marco de la competencia objetiva, el art. 14.3 LECrim. determina la del Juzgado de lo Penal a partir de la distinción entre faltas y delitos. Por

¹⁷ El art. 87 ter LOPJ ha sido modificado recientemente por el art. 25 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

¹⁸ *Vid.* A. M. RODRÍGUEZ TIRADO, “Elementos objetivos y subjetivos”, en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, coords. L. R. RUIZ RODRÍGUEZ y J. I. NAVARRO GUZMÁN, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, ISBN 84-8442-982-2, 2004, págs. 309 y ss.

ello, sería conveniente revisar la redacción de dicho apartado para evitar problemas de interpretación entre el apartado 2 y el apartado 3 del art. 14 LECrim. a la hora de concretar la competencia objetiva de Juzgado de Instrucción (y, en su caso, Juzgado de Violencia sobre la Mujer) y de Juzgado de lo Penal. Atiéndase a que el art. 14.3 LECrim. dispone que corresponde al Juzgado de lo Penal el conocimiento y fallo de las causas por *delito*, especificando, aparte de los que lleven aparejada pena privativa de libertad de hasta cinco años¹⁹, los que lleven pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualquiera otras de distintas naturaleza cuya duración no exceda de diez años (únicas, conjuntas o alternativas). Huelga decir que, en principio, en dicho ámbito quedarían incluidos los delitos leves en atención a que su penalidad está dentro de dichos límites. De ahí, la propuesta de revisión de la redacción de ambos apartados. E, igualmente, el legislador habría de revisar la referencia a “delitos leves, incidentales o no”²⁰, ya que, por coherencia técnico-procesal, debería reconducir a los delitos conexos y a los criterios de conexión.

En cuanto al régimen transitorio para faltas cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LORCP, la Disposición transitoria cuarta prevé lo siguiente:

a) Se continuará la tramitación de los procedimientos para los juicios sobre faltas que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la LORCP siempre que sigan siendo consideradas como infracciones penales y se tipifiquen, por consiguiente, como delitos leves.

b) Igualmente, se continuará con dicho procedimiento si el proceso por faltas se hubiera iniciado antes de la entrada en vigor de la LORCP, aun

¹⁹ El art. 35 CP determina las clases de penas privativas de libertad, entre ellas, la localización permanente, únicamente aplicable a los delitos leves, puesto que desaparece de las penas menos graves del art. 33.3 CP y sólo queda para las penas leves, que tendrá una duración de un día a tres meses.

²⁰ Se limita a sustituir la referencia a “faltas” por la de “delitos leves” como se ha visto *supra*.

cuando los hechos hubieran sido despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, si llevaran aparejada responsabilidad civil, en cuyo caso el fallo se limitará al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas.

En el caso de que el legitimado para ello (es decir, el perjudicado) manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. No se entiende esta última previsión, puesto que si hay renuncia expresa de las acciones civiles por el perjudicado, el Ministerio Fiscal no podrá ejercitarlas (art. 108 LECrim.).

II. LOS DELITOS LEVES EN EL CÓDIGO PENAL

En su nueva redacción, el art. 13.3 CP establece que “son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve”²¹. En su apartado 4, este mismo precepto prevé que, cuando la pena, por su extensión, pudiera considerarse como leve y menos grave, el delito se considerará como leve²². Aparte de que pudiera adolecer de falta de coherencia lógica dicha extensión con respecto a la prevista para los delitos graves y menos graves (si la pena, por su extensión, pudiera considerarse grave y menos grave, el delito se considerará grave), puede repercutir en la determinación del procedimiento aplicable con la inversión del criterio del art. 13.4 CP para el delito leve. Por ejemplo, en el supuesto del delito leve de amenazas del art. 173.2 CP, por su penalidad con multa de uno a cuatro meses²³, puede ser considerado como delito leve o como delito menos grave. Sin embargo, en aplicación del art.

²¹ En el art. 13.3 CP, en su redacción anterior, consideraba faltas “las infracciones que la ley castiga con pena leve”.

²² Antes de la reforma introducida por la LORCP, el art. 13.4 CP no realizaba extensión alguna de penas entre delitos y faltas, de modo que, cuando la pena por su extensión pudiera incluirse como delito grave o menos grave, “el delito se considerará, en todo caso, como grave”, quedando aparte cualquier extensión con respecto a las penas previstas para las faltas.

²³ La pena leve de multa, en aplicación del art. 33.4 CP, se prevé *hasta los tres meses*. Será pena menos grave la multa *de más de tres meses*.

13.4 CP, deberá ser enjuiciado como delito leve. No siempre el legislador identifica la infracción como delito leve en el artículo específico que lo tipifica.

En cuanto a su punición, las clases de penas leves están reguladas en el art. 33.4 CP²⁴.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la LORCP, se suprime las faltas contra las personas del Título I del Libro III del Código Penal, puesto que, “en su mayoría se trata de conductas tipificadas ya como delitos”, de modo que pasarían a ser subtipos atenuados aplicables a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencian una menor gravedad. Así, la falta de lesiones del art. 617 CP pasa a ser tipificada como delito leve, aunque aumenta su penalidad, en los apartados 2 y 3 del art. 147 CP. Además, se exige la previa denuncia de la víctima, salvo en los casos de violencia de género. Antes tenía la consideración de falta pública.

En lo que respecta a las faltas contra la vida y contra la integridad física, el legislador considera “oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que [...] el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave”, formarán parte “del catálogo de delitos leves”, en concreto, en los arts. 142.2 y 152.2 CP²⁵, respectivamente. Quedan fuera los supuestos de imprudencia leve. Al igual que ocurría con las faltas penales homónimas, los nuevos delitos leves tienen la consideración de semiprivados, exigiéndose la previa denuncia del agraviado.

²⁴ En el art. 33.4 CP, se incorpora la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año y se aumenta la pena de multa hasta los tres meses. Al mismo tiempo, se modifica el art. 33.3 CP, incrementándose la pena de multa a partir de los tres meses e, igualmente, se introduce la pena de inhabilitación especial indicada si bien castigada de un año y un día a cinco años. Desaparece la pena menos grave de localización permanente de tres meses y un día a seis meses.

²⁵ Se refiere a las faltas del art. 621.1, 2 y 3 CP.

Sin embargo, en el caso del delito *leve* de lesiones por imprudencia menos grave²⁶ del art. 152.2 CP, cabe encuadrarlo como delito leve o como delito menos grave. Lo mismo ocurre con el delito *leve* de homicidio por imprudencia menos grave²⁷ del art. 142.2 CP, igualmente, cabe encuadrarlo como delito leve como delito menos grave en atención a la duración de la pena. Sin embargo, en aplicación del art. 13.4 CP, tendrán la consideración de delito leve, según vimos *supra*.

Las faltas de abandono del art. 618.1 CP y del art. 619 CP quedan destipificadas. El legislador entiende que los supuestos graves de abandono de un menor o de una persona desvalida pueden subsumirse en el delito de omisión el deber de socorro o, en su caso, un delito de resultado (con respecto a quien tenga la obligación de garantizar la asistencia de la persona desvalida) (parágrafo XXXI de la Exposición de Motivos de la LORCP).

Las faltas de los arts. 618.2 y 622 CP se despenalizan “sin incluir nuevas sanciones delictivas”, como el legislador precisa en la Exposición de Motivos de la LORCP. Ahora bien, considera que dichas conductas están ya tipificadas en caso de conductas más graves de incumplimientos de deberes familiares de los arts. 226 y ss. CP, así como los incumplimientos graves de convenios o sentencias como delitos de desobediencia. Los demás incumplimientos que no sean “graves”, el legislador los reconduce al art. 776 LEC., que establece especialidades en la ejecución forzosa, aunque desacertadamente se refiere a

²⁶ Se prevé la pena de multa de tres meses (pena leve) a doce meses (pena menos grave). En caso de utilización de vehículo a motor o ciclomotor, también se prevé la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año (pena leve). Si hubiera utilizado arma de fuego, adicionalmente se establece la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año (pena leve).

²⁷ Se prevé la pena de multa de tres meses (pena leve) a dieciocho meses (pena menos grave). En caso de utilización de vehículo a motor o ciclomotor, también se prevé la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses (pena leve hasta un año) a dieciocho meses (pena menos grave). Si hubiera utilizado arma de fuego, adicionalmente se establece la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses (pena leve hasta un año) a dieciocho meses (pena menos grave).

ellas como “régimen sancionador” (parágrafo XXXI de la Exposición de Motivos de la LORCP). En todo caso, se tratará de medidas ejecutivas.

Las amenazas y coacciones del at. 620 CP pasan a sancionarse como subtipos atenuados en los respectivos delitos y, por tanto, pasan a ser delitos leves. Se sigue exigiendo la previa denuncia del ofendido. Las faltas de injurias leves y de vejaciones se destipifican²⁸, salvo que el agraviado sea alguna de las personas del art. 173.2 CP, en cuyo paso se tipifican como delito leve en el art. 173.4 CP. El delito leve de coacciones se tipifica en el art. 172.3 CP., y el delito leve de amenazas queda previsto en el art. 171.7 CP.

En cuanto a las faltas contra el patrimonio (arts. 623 a 628 CP), pasan a constituir tipos atenuados en los correspondientes delitos de referencia (entre otros, arts. 234.2, 236, 244, 245, 246, 247, 249.2, 252.2, 253.2, 254.2, 255, 256, 263.1 y 267 CP²⁹). No obstante, desaparecen las faltas de deslucimiento de bienes muebles e inmuebles (art. 626 CP), que pasan a ser constitutivas de faltas leves de carácter administrativo, cuando se trate de bienes de dominio público como bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, en el art. 37.13 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana (en adelante, LOSC). En los demás casos, según anuncia el legislador, cabría reconducirlos al delito de daños u otras figuras delictivas afines o a la vía jurisdiccional civil (parágrafo XXXI de la Exposición de Motivos de la LORCP), por ejemplo, art. 263 CP.

²⁸ El legislador les atribuye carácter privado a reparar “en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación” (parágrafo XXXI). No parece que el legislador tenga claro los medios de solución de conflictos, cuando está regulada la mediación civil y el arbitraje.

²⁹ Algunos de los delitos leves previstos tendrán dicho consideración en aplicación del art. 13.4 CP.

En lo que se refiere a las faltas contra los intereses generales, algunas quedan despenalizadas y son recogidas como faltas administrativas³⁰ (sin perjuicio de que, en los casos *más graves*, pueden ser sancionados penalmente conforme a los tipos penales ya previstos, según el propio legislador), y otras se configuran como delitos leves (por ejemplo, arts. 386, 387.3 y 389 CP). La falta de abandono de animales domésticos del art. 631.2 CP pasa a constituir delito leve en el art. 337 bis CP, al igual que se reconduce la falta del art. 632.2 CP al art. 337 CP.

Y en relación con las faltas contra el orden público, se deriva a la sanción administrativa, básicamente, a la LOSC³¹, si bien el legislador explica que “los supuestos de alteraciones relevantes están ya castigados como delito, al igual que los supuestos de atentado, resistencia y desobediencia” (parágrafo XXXI de la Exposición de Motivos de la LORCP). Se mantienen como delitos leves las faltas de mantenimiento en domicilio social o local contra la voluntad de su titular fuera de las horas de apertura (art. 203.2 CP) y el uso de uniforme o la atribución pública de la condición de profesional (art. 402 bis CP)³².

A lo anterior se suma que, hasta la reforma de la LORCP, sólo se sancionaban las faltas consumadas, salvo las intentadas contra las personas y el patrimonio. A partir de la entrada en vigor de la LORCP, son punibles

³⁰ Como el abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos, que se regula como falta grave del art. 36.16 LOSC; el abandono de animales feroces o dañinos, que se recoge como falta leve en el art. 37.16 LOSC.

³¹ La falta de realización de actividades sin seguro de responsabilidad civil del art. 636 CP pasa a falta administrativa. La falta de respeto y consideración a autoridad o agente aparece como falta leve en el art. 37.4 LOSC, y la falta de desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones se regula como falta grave en el art. 36.6 LOSC, aparte de la previsión de las actividades más graves como delito en el Código Penal.

³² Si bien, cuando sea delito, el art. 36.14 LOSC prevé la falta grave de uso indebido de uniformes, insignias o condecoraciones oficiales, réplicas de los mismos y otros equipamientos, así como la falta leve de ocupación o permanencia en cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, contra la voluntad del titular (art. 37.7 LOSC).

tanto el delito leve consumado como la tentativa de delito leve, con independencia del bien jurídico protegido, en aplicación del art. 15 CP.

A efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia del art. 22 CP, al igual que sucedía con las faltas, no se computará la condena por delito leve. Dicho precepto excluye expresamente los antecedentes que correspondan a delitos leves³³. Sin embargo, en lo que concierne a la aplicación de las reglas generales de atenuantes o agravantes a la pena, el reformado art. 66.2 CP incluye los delitos leves (se entiende que tanto dolosos como imprudentes) junto a los delitos imprudentes –antes de la reforma, no se incluía a las faltas -. Queda, sí, al “prudente arbitrio” de jueces y tribunales la aplicación de atenuantes y agravantes con respecto a los delitos leves.

Cambia sensiblemente el ámbito de aplicación del art. 57.3 CP, puesto que la aplicación de las prohibiciones del art. 48 CP se vinculaba a la comisión de las faltas de los arts. 617 (lesiones leves y maltrato de obra sin lesiones), y 620 (amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos; amenazas, coacciones, vejaciones injustas o injurias leves). Tras la reforma de marzo de 2015, viene referido a la comisión de alguno de los delitos enumerados en el art. 48.1 CP cuando tengan el carácter de delitos leves³⁴.

³³ Habrá de tenerse en cuenta que el cambio es significativo – la desaparición de las faltas en el Código Penal-, puesto que los delitos leves entran en el ámbito de aplicación del art. 1.º de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea; en concreto, el régimen aplicable a la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones condenatorias definitivas y firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal por la comisión de un delito con anterioridad contra las personas físicas en otros países Estados miembros de la Unión Europea, todo ello en concordancia con el art. 14 de la misma Ley Orgánica.

³⁴ Los delitos leves previstos, entre otros, en los arts. 142.2, 147.2, 152.2, 155, 171.7, 172.3, 173.4, 203. 2, 209 *in fine*, 234.2, 236, 244 a 246, 247, 249, 252.2, 253.2, 254.2, 255, 256, 263.1 y 267 CP. Algunos de ellos, en aplicación del art. 13.4 CP (cuando la pena, por su extensión, pudiera considerarse como leves y menos graves, se considerará como delito leve).

III. PROCEDIMIENTO PARA TRAMITAR LOS PROCESOS POR DELITOS LEVES

El procedimiento previsto para tramitar los procesos por delitos leves es, básicamente, el mismo que se preveía para los procesos por faltas en el Libro VI de la LECrim. (arts. 962 y ss.), si bien con modificaciones puntuales que responden más a razones de política legislativa procesal que a una adaptación al cambio de la clase de infracción penal –de faltas a delitos leves–.

En atención a las tres modalidades de iniciación de este tipo de procedimiento –las mismas modalidades que en el previsto para los procesos por falta–, su ámbito de aplicación viene determinado por la comisión de un delito leve, es decir, aquellos a los que se le asigna una pena leve o una pena que, por su extensión, puede considerarse como menos grave y como leve (art. 13.4 CP). Asimismo, los delitos leves son considerados en la LORCP como subtipos o tipos atenuados del delito básico, a lo que se suma que la norma procesal penal no establece los concretos criterios para determinar el procedimiento aplicable en atención a la gravedad del delito y que contamos con dos procedimientos penales (abreviado y enjuiciamiento rápido)³⁵, cuyos ámbitos de aplicación presentan una zona de colisión con el procedimiento para los juicios sobre faltas. Sería conveniente revisar el ámbito de los arts. 757 y 795 LECrim. para dar coherencia al procedimiento previsto en los arts. 962 y ss. LECrim.

El legislador no ha asumido la supresión del procedimiento del Libro VI LECrim., pese a la eliminación formal de las faltas y a la creación de una nueva clase de delitos leves, agravados con respecto a las faltas en algunos casos, y pese a la existencia de dos procedimientos en los que podría haber subsumido sin mayor problema (abreviado y enjuiciamiento rápido), probablemente por la falta de capacidad del sistema judicial español.

³⁵ *Vid.* los arts. 757 y 795 LECrim.

Supondría incrementar el trabajo de los Juzgados de lo Penal, puesto que el Juez de Instrucción o, en su caso, el Juez de Violencia sobre la Mujer se encargaría de la instrucción y, según los datos de la última Memoria del Consejo General del Poder Judicial, el total de sentencias dictadas en 2013 en el orden jurisdiccional penal fueron 714.724, es decir, las sentencias en juicios de faltas representan el 49,20% del total³⁶. Hubiera implicado la dotación de nuevos Juzgados de lo Penal y el subsiguiente coste económico en infraestructuras y personal. Eso significa que el volumen de litigiosidad en torno a las faltas, ahora delitos leves, no tiene por qué disminuir drásticamente. No obstante, es pronto para analizar su incidencia en la litigiosidad hasta que no se cuenten con datos estadísticos al respecto.

Así, la práctica forense viene atendiendo a la pena en abstracto³⁷, aunque no queda tan claro que lo sea sobre el tipo básico o, en su caso, sobre el tipo agravado o atenuado. En cualquier caso y para tratar de solventar aquella zona de colisión, los procesos por delito leve, se habrá de atender a la clase de delito, es decir, que se trate de un delito leve y, por consiguiente, se ha

³⁶ En lo que se refiere a la litigiosidad en los Juzgados y Tribunales españoles en 2013, según la Memoria anual 2014 del Consejo General del Poder Judicial, ingresaron 8.636.016 asuntos, lo que representa un 3,8% menos asuntos con respecto a 2012. De todos ellos, asuntos penales fueron 6.304.949, un 2,1% menos que en el año 2012 (6.442.718). En 2013, se resolvieron 1.062.188 juicios de faltas, de los cuales el 9,97% fueron resueltos como rápidos. De las 206.649 diligencias urgentes abiertas en 2013, un 49,09% finalizaron con sentencia de conformidad. Ahora bien, los Juzgados de Instrucción, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en asuntos penales) han dictado 453.013, de las que 101.456 corresponden a sentencias de conformidad de juicios rápidos y, por deducción, las restantes, a juicios de faltas 351.647. El total de sentencias dictadas en 2013 en el orden jurisdiccional penal fueron 714.724, es decir, las sentencias en juicios de faltas representan el 49,20% del total (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-Anual/Memoria-anual-2014>).

³⁷ “A la hora de determinar el procedimiento aplicable, debe recordarse que la pena a tener en cuenta es la determinada en abstracto, esto es, la del tipo básico previsto en el CP, y no la que resulte en el caso concreto, después de aplicar las reglas de individualización de la pena, relativas al grado de participación, ejecución o concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal” (V. MORENO CATENA, *Derecho procesal penal* (con V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), Valencia, Tirant Lo Blanch, 6.ª ed., 2012, 978—84-9033-334-1, pág. 157).

de atender al tipo atenuado y a la pena en abstracto que se le asigne, incluida la aplicación del criterio de extensión invertido del art. 13.4 CP.

Además, en la incoación de un proceso penal, no es siempre posible determinar si es un tipo básico, atenuado o agravado, de cara a la determinación del procedimiento aplicable. La determinación del procedimiento aplicable en los procesos por delito se efectúa en atención a la gravedad del hecho delictivo.

En esencia, el legislador mantiene las tres modalidades de inicio del juicio de faltas en el nuevo juicio sobre delitos leves en los arts. 962, 964 y 965 LECrim., siendo comunes los trámites para la celebración del juicio oral.

En cuanto a las principales modificaciones y novedades en las modalidades de incoación del procedimiento para los procesos por delitos leves, cabe destacar lo siguiente:

a) Se modifica el art. 962.1 LECrim. en lo que respecta a las conductas delictivas que darán lugar a la puesta en marcha del procedimiento *rapidísimo* del juicio por delito leve. Frente a la referencia de los artículos en los que se regulan las concretas faltas que permitían la apertura del procedimiento *rapidísimo* o *inmediatísimo* (faltas de los arts. 617, 623.1 flagrante y 620 CP – siempre que la víctima sea alguno de los sujetos del art. 173.2 CP–), todas ellas perseguibles de oficio (no requerían la previa denuncia de la víctima), el legislador opta por enunciar las concretas conductas delictivas que se enmarcan como delito leve de lesiones o maltrato de obra; delito leve de hurto flagrante; delito leve de amenazas, coacciones o de injurias. Se refiere a los delitos tipificados, respectivamente, en los arts. 147.2 y 3, 234.2, 171.7, 172.2 y 173.2 CP (tras reforma por LORCP). Hasta ahora, el art. 962 LECrim. recogía la falta de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve ejercida contra algunas de las personas del art. 173.2 CP. Ahora, la referencia es genérica a amenazas, coacción o injurias con independencia de quién sea el

sujeto pasivo del delito, dejando fuera de la modalidad de incoación del art. 962.1 LECrim. el delito leve de vejación injusta de carácter leve.

Además, el Código Penal exige la previa denuncia de la víctima en los delitos de los arts. 147.2 y 3, 171.7. 172.2 y 173.2, con la salvedad del delito leve de hurto flagrante, que sigue teniendo la consideración de público, o en el caso de que la víctima sea alguna de las personas del art. 173.2 CP con respecto a los delitos leves de amenazas, coacciones e injurias.

Aun cuando ya no se prevea expresamente la referencia a que el Ministerio Fiscal pueda denunciar en el caso de menores, personas desvalidas o personas con discapacidad necesitada de especial protección en caso de delitos leves perseguibles previa denuncia de la víctima³⁸, será de aplicación la previsión general del art. 105.2 LECrim.

b) Es novedosa la inclusión de un nuevo párrafo en el que se habilita la posibilidad de efectuar las comunicaciones con las partes y con los testigos a través del correo electrónico y del teléfono. Si no se facilitaran o se solicitara expresamente, las notificaciones se remitirán por correo ordinario al domicilio designado. El resto de apartados del art. 962 LECrim. mantiene la misma redacción.

Se entiende que será a partir de la primera citación y siempre que pudieran facilitar y no solicitaran expresamente la notificación por correo ordinario al domicilio (*vid., v.gr.,* art. 962.1.II LECrim.).

En lo que concierne a los actos de comunicación en el juicio por delitos leves, resulta, en principio, de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional para los juicios por faltas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional manifiesta que, “en cuanto a la diligencia exigible a los órganos

³⁸ A diferencia de la redacción del art. 639 CP que, con respecto a las faltas perseguibles previa denuncia de la persona agraviada, el Ministerio Fiscal también podía denuncia cuando aquella fuera un “menor de edad, incapaz o una persona desvalida”, sin que la ausencia de denuncia impidiera la práctica de diligencias de prevención.

judiciales cuando realizan los emplazamientos, se ha incidido en que la citación tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales con el fin de que el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte y de que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales para asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario. Así, se ha destacado que la notificación telefónica no es un medio idóneo para emplazamientos y citaciones a un juicio oral, no sólo por no estar previsto en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal, sino especialmente porque en sí mismo considerado no es apto para cumplir el fin perseguido de dejar constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de ella”³⁹.

c) Al artículo 963 LECrim. se incorpora manifestación del principio de oportunidad al prever el sobreseimiento del procedimiento incoado por razones meramente de oportunidad a pesar de que existan indicios de comisión de un delito leve. El juez instructor sobreseerá siempre que lo solicite el Ministerio Fiscal, por lo que no podrá apreciar de oficio la concurrencia de dichas razones de oportunidad⁴⁰. El Ministerio Fiscal

³⁹ STC 175/2009, de 16 de julio, f.j. 2.

⁴⁰ Al respecto, E. PEDRAZ PENALVA, quien admite la oportunidad reglada como matices como ya se vio *supra*, puntualiza que “el principio de oportunidad supone, aún desde su no torpe aplicación, una indudable erosión de la seguridad jurídica, aunque no sea más que por las implícitas, a la vez que consustanciales, carencias en él de previsibilidad y generalidad. [...] La seguridad jurídica exige, entre otros extremos, la confianza del ciudadano que percibe la igualdad en la aplicación del Derecho penal, y en tal confianza se erige la supervivencia de la Justicia y la exclusión de la autodefensa”. En sus reflexiones sobre el principio de oportunidad, señala que “la Primera Normas persigue amparar los bienes jurídicos acogidos constitucionalmente, que puedan verse lesionados por el delito. [...] Es, por tanto, radicalmente rechazable la alternativa de aplicar o inaplicar la ley cuando se conculcan los bienes jurídicos cuya protección constituye el objetivo constitucional. Sin embargo sí resulta deseable un conocimiento tópico mediante el cual puedan apreciarse otros elementos objetivos para la actualización y mejor interpretación de las normas, traducible, en último extremo, en la opción de aplicar, dentro del imperativo de la proporcionalidad, una u otra pena, o la misma pena en mayor o menor grado” (*Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal, op. cit.*, t. I, págs. 180 y 181). Y como continuación de estas reflexiones, y que nos parece aplicable a la oportunidad incorporada

solicitará el archivo cuando se considere el delito leve de muy escasa gravedad y cuando no existe interés público relevante en la persecución del hecho. Sólo define el interés público en relación con los delitos patrimoniales.

Se mantiene que el juicio oral pudiera tener lugar en el Juzgado de Guardia (o, en su caso, Juzgado de Violencia sobre la Mujer).

d) La segunda modalidad o vía de comienzo del procedimiento para los procesos por delito leve se prevé en el art. 964 LECrim., es decir, cuando se trate de un delito leve no previsto en el art. 962 LECrim. Podrá comenzar por atestado de la Policía Judicial remitido al Juzgado de Guardia. El art. 964.1 LECrim. presenta como novedad con respecto a su redacción anterior la previsión de que ofendido y perjudicado designen una dirección de correo electrónico y número de teléfono a los que se remitirán las comunicaciones a realizar. Dada la redacción del inciso final, crea dudas de si la designación de una dirección de correo electrónico y un número de teléfono se refiere únicamente al ofendido o perjudicado o es extensible al denunciado y a testigos como se hace en el art. 962.1 LECrim.

Dicha previsión, en lo que se refiere a la vía telefónica, puede plantear dudas en cuanto a la forma de dejar constancia de la comunicación. Por ejemplo, en caso de urgencia y con respecto a las citaciones, el art. 796.3 LECrim. exige constancia de dicha citación verbal en el acta correspondiente⁴¹.

al procedimiento para los juicios sobre delitos leves, es la que este autor refiere a que “el principio de oportunidad choca contra el principio de igualdad «stricto sensu». Si el de igualdad prohíbe la arbitrariedad subjetiva, menos podrá concebirse que admita la arbitrariedad institucionalizada y eso es lo que supondría la aceptación de desigualdades jurídicas establecidas. La oportunidad es consecuencia de una dejación constitucional previa [...] que se intenta paliar con una mayor desconstitucionalización. Sería aceptable un planteamiento tópico pero siempre por motivos externos o, en su caso, en régimen de excepción, que lógicamente habría de ser reconocida por la autoridad competente y que en modo alguno podría institucionalizarse” (*ibidem*, págs. 181 y 182).

⁴¹ “Si la urgencia lo requiere, las citaciones podrán hacerse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta”.

Se convierte en una carga del ofendido o del perjudicado recibir las comunicaciones por teléfono y correo electrónico una vez que facilita voluntariamente dichos datos, puesto que sólo se remitirá por correo al domicilio si expresamente así lo solicita o en el caso de que no pudiera facilitarlos.

e) Otra novedad incorporada en el art. 964 LECrim. es la previsión del sobreseimiento del juicio sobre delitos por razones de oportunidad, en términos similares a lo dispuesto en el art. 963.1 LECrim.

Igualmente, se mantiene que el juicio oral tenga lugar en el Juzgado de Guardia (o, en su caso, Juzgado de Violencia sobre la Mujer).

f) En la tercera modalidad de inicio, se prevé la misma fórmula de sobreseimiento en el art. 965.1.^a LECrim. por remisión al art. 963.1.1.^a LECrim., así como la designación de dirección de correo electrónico y de número de teléfono para efectuar las comunicaciones y notificaciones que deban realizarse (art. 966.II LECrim.), siempre que los pudieran facilitar y no solicitaran expresamente la comunicación por correo ordinario al domicilio que designen. Se efectúa en la primera comparecencia ante la Policía Judicial o ante el juez instructor. Se ha de entender después de realizada la primera citación.

En lo que se refiere a los trámites comunes a estas tres modalidades, el art. 969.2 LECrim. incluye un nuevo inciso en el que el Fiscal General del Estado imparta instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, el Fiscal puede dejar de emitir los informes de sobreseimiento por razones de oportunidad de los arts. 963.1 y 964.1 LECrim.

No es preceptiva la postulación procesal, si bien se mantiene la misma redacción del apartado 2 del art. 962 LECrim. en el que se ha de informar al denunciado de su derecho a asistir a la vista asistido de abogado⁴².

Las modificaciones de los arts. 967.1, 973.2 y 976.3 LECrim. se limitan a cambiar *falta* por *delito leve*.

IV. LA ACTIVIDAD INSTRUCTORA Y PRINCIPIO ACUSATORIO EN LOS PROCESOS POR DELITOS LEVES

Hasta ahora, se ha venido sosteniendo que nuestro sistema penal se caracteriza por la diferenciación de dos fases en el proceso penal de declaración por *delitos*, no previéndose dicha separación en los procesos por falta, precisamente, por la menor entidad de estas infracciones y, por consiguiente, por la innecesariedad⁴³ de una fase preparatoria en la que se investigue si existen indicios de comisión del ilícito penal y se concrete el

⁴² El Tribunal Constitucional exige “la concurrencia de indefensión material para considerar vulnerado el propio derecho a la defensa (art. 24.2 CE) en los supuestos de denegación del derecho a la asistencia letrada de oficio en los procedimientos penales en que no sea un requisito estructural. [...] La denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del art. 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta de Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que su autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial, impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso [...]. Entre estas circunstancias se ha de prestar especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante [...], deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa [...], y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal [...]. Sin olvidar a la hora de hacer este análisis la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispensar el Ordenamiento jurídico, habiendo resaltado este Tribunal en numerosas resoluciones el deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de los profesionales designados de oficio [...]” (STC núm. 258/2007, de 18 de diciembre, f.j. 3). *Vid.* STC 65/2207, de 27 de marzo, f. j. 4.

⁴³ *Vid., v.gr.*, ATC 51/2009, de 23 de febrero, f. j. 2.

presunto responsable del mismo. Cuestión diferente que puede plantearse es si existe acusación previa dirigida contra el acusado en los procesos por falta y, ahora, en los procesos por delito leve. Se ha venido considerando la suficiencia del traslado de la querrela o de la denuncia (art. 967.1 LECrim.) como acusación a efectos del cumplimiento del derecho a conocer la acusación y de poder ejercer el derecho de defensa.

En estos procesos, al igual que en los procesos por falta, ha de existir autor conocido para que pueda ser citado al juicio del art. 969 LECrim. En otro caso, no continuarán las actuaciones ni deberá practicarse diligencia alguna para efectuar dicha averiguación (con la salvedad de las diligencias policiales previamente practicadas, avaladas por los arts. 962 y ss. LECrim.).

Según lo expuesto en el epígrafe anterior, cabría plantearse si este nuevo juicio sobre delitos leves requeriría de una mínima actividad instructora. Al legislador de 2015 le traiciona la propia tradición de la configuración del sistema penal español, en el que se distinguen las fases de investigación y de juicio oral en los procesos por delitos⁴⁴. Así, en la Disposición adicional segunda de la LORCP, se dispone que “la *instrucción* y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que se necesario [...]”⁴⁵. Fase de instrucción cuya

⁴⁴ El legislador decimonónico proclama en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que “no; de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia por su parte. La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones”.

⁴⁵ La cursiva es nuestra.

tramitación no desarrolla en los arts. 962 y ss. LECrim. Este mismo legislador recalca que desaparece el sistema dualista delitos-faltas⁴⁶.

La realidad judicial nos obliga a debatir sobre la actividad instructora y la manifestación del principio acusatorio en los procesos por delitos leves, puesto que, en los juicios de faltas, no son pocas las ocasiones en que se ha producido transformaciones de procedimientos penales seguidos por delito en el de faltas⁴⁷, habiéndose desarrollado actividad instructora. Lo que no va a ser diferente en estos nuevos procesos, máxime cuando se configuran como subtipos atenuados y, en algunos casos, con una pena asignada que, por su extensión, puede ser leve o menos grave.

No obstante, tanto la doctrina procesal como el Tribunal Constitucional han analizado si las actividades desarrolladas en la fase de instructora son todas instructoras o algunas son meramente de trámite, por lo que no quedarían englobadas como actividad propia de instrucción. En tal caso, la cuestión surge es si, ante actividad instructora realizada por el juez de instrucción (o, cuando proceda, juez de violencia sobre la mujer), podría conocer y enjuiciar el proceso por delitos leves al afectarse su imparcialidad *objetiva*⁴⁸ o, cuando menos, la incompatibilidad de funciones instructoras y

⁴⁶ “La reforma supone la derogación completa del Libro III del Código Penal, de forma que desaparece la infracción penal constitutiva de falta. Ello exige adecuar un gran número de artículos que hacen referencia a la dualidad delito o falta [...]. De ahí la extensión de la reforma que se acomete, que en muchos casos consiste en una mera adecuación de la regulación a la supresión del sistema dualista [...]” (Exposición de Motivos de la LORCP, parágrafo XXXI).

⁴⁷ Como señala R. BELLIDO PENADÉS, “pese a que la regulación legal del juicio penal de faltas no contemple la existencia de una previa fase de instrucción, la práctica demuestra que en no pocos supuestos también resulta necesaria una actividad de «preparación» del juicio de faltas antes de proceder a su señalamiento y convocatoria del acto del juicio” (“La imparcialidad judicial y la separación de funciones de instrucción y enjuiciamiento en el juicio de faltas”, *op. cit.*, pág. 103). Este mismo autor analiza la transformación en el procedimiento para los juicios de faltas (*ibídem*, pág. 105).

⁴⁸ Sobre la utilización de la expresión “imparcialidad objetiva”, J. MONTERO AROCA comenta que, en los años 80 del s. XX, se fraguó una nueva terminología sobre la imparcialidad. En su opinión, “se comenzó a hablar así del principio del juez no prevenido, de la imparcialidad objetiva (sic), del juez contaminado –que es mi preferida por lo que

enjuiciadoras, con aplicación de la causa de abstención y recusación del art. 219.11.ª LOPJ.

El Tribunal Constitucional determina las actuaciones que tienen carácter instructor a efectos de dilucidar si se vulnera la imparcialidad objetiva entre las funciones de instruir y de juzgar por un mismo juez. Así, aunque en apariencia no se preveía una fase de instrucción, sin embargo, entendió que “se asignan al Juez actuaciones que en algunas ocasiones pueden calificarse de instructoras y que no son simplemente unas primeras diligencias que no suponen dirigir el procedimiento contra nadie” (f. j. 7), como, por ejemplo, “el Juez, que debe oír la declaración del detenido, puede realizar en ocasiones un verdadero interrogatorio, lo que implica el riesgo de provocar una primera impresión sobre su culpabilidad o inocencia. Debe decidir sobre su situación personal [...], el deber de resolver el Juez en los casos de querrela y denuncia con arreglo a la L.E.Cr. (*sic*), lo cual supone que el Juez debe proceder a la comprobación del hecho denunciado (art. 269 de la L.E.Cr. –*sic*–) o a practicar las diligencias propuestas en la querrela, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias y perjudiciales para el objeto de aquella (art. 312 de la L.E.Cr. –*sic*–); o la celebración anticipada de la pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral [...].” (f. j. 7). No considera instructoras las actuaciones encaminadas a efectuar actos de comunicación y de ordenación procesales “para dar al procedimiento la substanciación que corresponda”, aportación de antecedentes penales o acreditación de la sanidad del lesionado (f. j. 7)⁴⁹.

descubre del modo de pensar de quienes la gestaron y la han empleado y que está próxima a juez infectado- y de otras expresiones de semejante índole que, si inicialmente llamaron la atención, acabaron por convertirse en normales” (*Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Pamplona, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), 1.ª ed., 2008, ISBN 978-84-470-3132-0, pág. 207).

⁴⁹ STC 145/1988, de 12 de julio de 1988, f. j. 7. la STC 145/1988, de 12 de julio de 1988, que resolvió sendas cuestiones de inconstitucionalidad, siendo la cuestión central la falta o no de imparcialidad del juez que instruye y enjuicia una misma causa, lo que conllevó a la declaración de inconstitucionalidad del art. 2.II de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de

Así, el Tribunal Constitucional declara que las causas de recusación y abstención tienen a “preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. [...] Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible” (f.j. 5). A lo anterior, el Tribunal Constitucional vincula la falta de publicidad de la instrucción y que es una fase no necesariamente contradictoria. Así, afirma que, “en su sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento de apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan” (f.j. 5)⁵⁰.

Cuando se habla de imparcialidad judicial, MONTERO AROCA efectuada algunas precisiones que nos parecen acertadas. Así, considera que

noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Esta Ley Orgánica previó que el juez instructor no sólo se encargara de la preparación del juicio oral (no habla expresamente de fase de instructor, pero por las actividades realizadas el Tribunal Constitucional considerada que, parte de ellas, tienden el carácter instructor propio de dicha fase), sino también del enjuiciamiento de los procesos por los delitos cuyo ámbito correspondía al procedimiento regulado por la indicada Ley Orgánica 10/1980. Se eximía expresamente de la aplicación de la causa de recusación por instruir previamente el proceso sometido a enjuiciamiento del mismo juez

⁵⁰ Aunque el Tribunal Constitucional no consideró inconstitucional el art. 2.I de la LO 10/1980, porque no atribuía al mismo juez instrucción, conocimiento y fallo y, por consiguiente, era factible que “la abstención o recusación cuando proceda del Juez que haya instruido no impide la actuación de otro juez del mismo partido juzgador”.

“los tribunales actúan con desinterés objetivo, mientras que todas las personas que deciden deben hacerlo con desinterés subjetivo, tanto las autoridades administrativas como las judiciales”⁵¹. Precisamente, este autor discrepa de que “la razón de ser de la regla [...] de que el juez que instruye no puede luego juzgar no cabe encontrarla en que al haberse puesto en «contacto» con los actos de investigación sumarial ha podido quebrarse la imparcialidad del juez, de la misma manera como la regla de que quien ha resuelto en primera instancia no debe luego conocer del recurso, tampoco afecta a la imparcialidad”. Más se debería a la existencia de una incompatibilidad de funciones procesales que a la falta de imparcialidad del juez⁵².

Como bien señala MONTERO AROCA, ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo manejan con precisión alguna lo que sea el derecho de defensa y el que denominamos principio acusatorio, habiendo otorgado a este principio un alcance tal que lleva a subsumirse en él el derecho de defensa y el propio derecho a la tutela judicial efectiva. MONTERO AROCA lleva a cuestionar la propia utilidad y contenido del principio acusatorio, al argumentar que no posee un contenido técnico-jurídico “después de tantos años de usar y de abusar de la palabra”⁵³.

⁵¹ *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Pamplona, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), 1.ª ed., 2008, ISBN 978-84-470-3132-0, pág. 206.

⁵² J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, *op. cit.*, pág. 215.

⁵³ Para su mejor comprensión, siendo imposible realizar un resumen sin alterar la esencia de la amplia argumentación de J. MONTERO AROCA, véase la argumentación realizada en las págs. 69 a 96 en *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, *op. cit.*

Ciertamente, no aporta nada a la configuración del proceso afirmar que quien juzga no puede acusar, puesto que afectaría a la propia conformación del proceso a partir de los principios de contradicción, dualidad de posiciones y de igualdad, aparte de la esencia de la jurisdicción. El juez es un tercero que se coloca supra-partes. Tampoco aporta nada nuevo precisar que sin acusación no hay proceso. El acusado debe conocer lo que sea objeto del proceso, pues sin objeto no hay proceso. Ha de tenerse en cuenta que, al dividirse en dos fase el proceso penal de declaración, la determinación del objeto del proceso se realiza con la presentación de los escritos de acusación como inicio de la fase del juicio oral. Otra cuestión distinta es lo que sea objeto del proceso penal (con posturas diversas en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional), que,

Y en cuanto a la separación de funciones de instruir y de juzgar como otro de los elementos definidores del principio acusatorio, el debate está servido, si bien es de reconocer que se trata de dos funciones diferentes desarrolladas en el proceso penal de declaración, siendo cuestionable que su separación en dos órganos judiciales diferentes responda más a la salvaguarda de la imparcialidad objetiva del juez que a la existencia de dos funciones incompatibles entre sí. Es difícil encontrar el fundamento en la imparcialidad objetiva del juez el que pueda juzgar e instruir en un mismo proceso, porque redundaría en su propia profesionalidad. Sí, redundaría en la propia configuración en dos fases del proceso penal por delitos. En este sentido, coincidimos con MONTERO AROCA.

Resulta interesante el análisis realizado por BELLIDO PENADÉS a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el principio de imparcialidad judicial y la separación de funciones instructoras y enjuiciadoras⁵⁴, quien llega a la conclusión de que “la solución pasa por la configuración legislativa de un proceso penal que elimine, cuando no reduzca, el riesgo de confusión de instrucción y enjuiciamiento en un mismo juez”⁵⁵.

por su propia entidad, constituiría objeto –valga la redundancia– de un estudio autónomo. Es de precisar que, por nuestra parte, consideramos que ni la calificación jurídica ni la pena conforman el objeto del proceso penal, lo que no significa que un cambio en la calificación jurídica o en la pena concreta solicita no debe garantizar el principio de contradicción y, por tanto, la posibilidad del debate correspondiente para el acusador y el acusado.

⁵⁴ R. BELLIDO PENADÉS, *Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio por faltas. Evolución jurisprudencial y análisis crítico*, Madrid, Edit. DYKINSON S.L., 2012, ISBN 978-84-15454-10-6, págs. 233 y ss.

⁵⁵ Propone dicha solución después de realizar análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los procedimientos de urgencia incorporados en la LECrim. por la Ley 3/1967, de 8 de abril, y el previsto en la LO 10/1980, de 11 de noviembre (*Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio por faltas. Evolución jurisprudencias y análisis crítico, op. cit.*, pág. 163). Afirma que, del esbozo jurisprudencial que efectúa, “que en ninguna medida pretende ser exhaustivo, se vislumbra que la aceptación de una legislación que facilita la asunción de funciones de instrucción y de enjuiciamiento por un mismo juez genera, no sólo un riesgo de lesión del derecho fundamental al juez imparcial, sino también una inseguridad jurídica, que puede redundar en líneas jurisprudenciales contradictorias” (*ibidem*).

En cualquier caso, coincidiendo con BELLIDO PENADÉS⁵⁶, en el caso de que el juez instructor realice una mínima labor instructora con respecto a un procedimiento por delito no leve que se transforme en el de los arts. 962 y ss. LECrim., deberá abstenerse o podrá ser recusado en virtud del art. 219.11.^a LOPJ.

⁵⁶ R. BELLIDO PENADÉS, *Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio por faltas. Evolución jurisprudencial y análisis crítico*, op. cit., págs. 233 y ss.

CUESTIONES POLÉMICAS SOBRE LA EJECUCIÓN PENAL

D. JUAN JOSÉ PARRA CALDERÓN
Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 3 de Jerez de la Frontera

EJECUCION PENAL

Existen numerosas alternativas a la prisión a día de hoy en nuestro Código Penal, si bien adelanto, y será motivo de otro análisis más exhaustivo cuando entre en vigor la reforma anunciada, que el Proyecto de Modificación del Código Penal actual elimina de entrada el artículo 88 del Texto Punitivo, restringe bastante la condena condicional básica de los artículos 80 y 81 y mucho más aún, la condena condicional del artículo 87 del Código Penal.

La ejecución penal es la gran olvidada del proceso penal, con una regulación dispersa y fragmentaria que nos obliga en ocasiones a manejar tanto normas de derecho sustantivo como normas de derecho procesal, e incluso remisión a leyes especiales, produciéndose numerosas reformas legales sin que se haya abordado de lleno esta materia.

Tanto al suspensión de la ejecución de la pena como la sustitución de la misma presentan enormes dificultades en ocasiones por no disponer de sistemas que garanticen adecuadamente el cumplimiento de las reales medidas complementarias a la suspensión, sirviendo de ejemplo las materias relativas a programas formativos o de reeducación cuando son acordadas por el Juez Penal como deberes cuyo cumplimiento se condiciona a la medida de suspensión de la ejecución de la pena ex artículo 83 del Código Penal.

Daremos breves pinceladas de las normas existentes en materia de suspensión de la ejecución de la pena.

A.- SUSPENSIÓN GENERAL U ORDINARIA (ARTICULOS 80 Y 81 DEL CODIGO PENAL VIGENTE HASTA EL 1 DE JULIO DE 2.015) .

a.- Ámbito de aplicación: penas privativas de libertad, artículo 35 del Código Penal (prisión, localización permanente y responsabilidad persona subsidiaria).

b.- Excepciones:

- Ley Orgánica 4/1981 de 1 de Julio, estados de alarma, excepción y sitio.
- Código Penal Militar.

c.- Criterios para su concesión: peligrosidad criminal del sujeto, existencia de otros procedimientos contra el sujeto, gravedad del hecho, ilocalización, etc.

d.- Requisitos para su aplicación: primariedad delictiva, pena privativa de libertad no superior a 2 años (solo una o por suma de varias), satisfacción de la responsabilidad civil.

e.- Aspectos procesales: audiencia de partes, motivación, y recurso de reforma y apelación.

f.- Condiciones de la suspensión: artículo 83 del Código Penal.

g.- Revocación de la suspensión: artículo 84 del Código Penal.

B.- SUSPENSIÓN ESPECIAL DE DROGODEPENDIENTES (ARTICULO 87 DEL CODIGO PENAL):

a.- Objeto: drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y bebidas

alcohólicas.

b.- Requisitos:

- Inexigibilidad de primariedad delictiva.
- Inexigibilidad del límite penológico de dos años.
- No exclusión de delincuentes habituales.
- Que el delito haya sido cometido a causa de la dependencia a las sustancias del artículo 21.2 del Código Penal (no basta la simple condición de adicto).
- No es necesaria que conste en la sentencia la atenuante de drogadicción.
- Certificación de deshabituación o de sometimiento a tratamiento para ello (Informe médico forense más certificación del centro homologado).

c.- Condiciones de cumplimiento:

- La no comisión de delito durante el plazo señalado.
- No abandono del tratamiento hasta su finalización.

d.- Revocación:

C.- SUSPENSION EXTRAORDINARIA POR ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE (ARTICULO 80.4 DEL CODIGO PENAL)

D.- SUSPENSION EXTRAORDINARIA POR TRASTORNO MENTAL SOBREVENIDO (ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL)

El segundo gran bloque sería la SUSTTUCICON DE LA PENA AL AMPARO DEL ARTICULO 88 DEL CODIGO PENAL (CODIGO PENAL VIGENTE HASTA 1 DE JULIO DE 2.015).

1.- Consideraciones generales.

- Se trata de sustituir como posibilidad legal las penas impuestas por otras menos lesivas para los bienes jurídicos de la persona condenada, permitiendo conjugar los fines de prevención especial (pena menos lesiva) y los de prevención general (cumplimiento de una pena).

- Clases:

a.- Sustitución legal u obligatoria, artículo 71.2 del Código Penal (para penas de prisión inferior a tres meses).

b.- Sustitución potestativa o facultativa con el cumplimiento de determinados requisitos (artículo 88 del Código Penal) para penas de prisión inferior a 2 años.

2.- Sustitución legal u obligatoria (artículo 71.2 del Código Penal).

- Prevista para los casos en que, por aplicación de las reglas de determinación de las penas (artículos 61 y siguientes del Código Penal) la pena resultante es inferior a 3 meses de prisión (¿pero existe en nuestro C.P. pena inferior a 3 meses de prisión?).

- El Juzgado que resuelve es el sentenciador, salvo que opera ope legis, en cuyo caso podrá hacerlo el Juzgado de Ejecutorias para el caso de Partido Judicial con este tipo de Juzgados.

- ¿Cómo se interpreta la expresión final del artículo 71.2 del C.P. “sin perjuicio de la suspensión de la pena en los casos en que proceda”?, que primero se resuelve la sustitución, y en caso de revocación por incumplimiento de la pena

sustitutiva, se resolvería sobre la suspensión de la pena.

- Cabe la sustitución legal en sentencias dictadas en Juicios Rápidos
- No se valora la habitualidad.

3.- Sustitución facultativa o potestativa (artículo 88 del Código Penal).

a.- Concepto: posibilidad legal las penas impuestas por otras menos lesivas para los bienes jurídicos de la persona condenada, permitiendo conjugar los fines de prevención especial (pena menos lesiva) y los de prevención general (cumplimiento de una pena). Está prohibida la sustitución en los casos de estados de alarma, excepción o sitio (Orgánica 4/81) y en el Código Penal Militar y Ley Procesal Militar.

b.- Reglas Comunes:

b.1.- Regla Objetiva: naturaleza y extensión de la pena a sustituir y prohibición de sustituir penas sustitutivas:

- No se puede sustituir pena de prisión superior a dos años.
- No puede ser sustituida una pena ya sustituida (artículo 88.3).
- No puede revisarse una sentencia cuya pena haya sido sustituida.
- No puede sustituirse una pena de prisión cuando ha sido impuesta por la comisión de un delito con penas alternativas, pues el Juez y a lo valoró.
- El límite de 1 o 2 años se extiende a la suma de las distintas penas impuestas en una misma sentencia, o las mismas deben ser examinadas independientemente: existen dos posiciones contradictorias:

1. Algunas Audiencias Provinciales hablan de que no se aplica el artículo 81.2 y no deben sumarse las penas impuestas al no contemplar esta posibilidad el

artículo 88 del Código Penal, es posible siempre que no se exceda de límite para cada pena, con la no aplicación del criterio *in malam partem*.

2.- Otras Audiencias Provinciales dicen que el límite legal se extiende a la suma de todas las penas impuestas.

b.2.- Regla Subjetiva: penado reo no habitual (artículo 94 del Código Penal):

- ¿Se tiene que incluir el delito cuya pena se trata de sustituir?. Algunos sectores dicen que sí, si bien la mayoría dice que no, porque la sustitución se puede valorar en sentencia, o después, pero antes de la ejecución.

- ¿La identidad de Capítulos viene referida solo a los delitos anteriores o también al delito cuya pena se trata de sustituir?. La respuesta es que se extiende a todos.

- ¿Como se calculan los 5 años exigidos para la habitualidad?. Hay que atender a la fecha de comisión de los delitos que fundamentan la apreciación de la habitualidad (*dies a quo*), y al momento de la sustitución (*dies ad quem*) o momento final, no a la fecha de las sentencias firmes condenatorias-

- No se computan para la habitualidad los antecedentes penales cancelados o susceptibles de cancelación.

b.3.- Regla temporal: antes de que la ejecución de la pena haya comenzado:

- Rechazo de las solicitudes cuando la liquidación de la condena ya se ha practicado o cuando se haya librado mandamiento de prisión, aunque no haya empezado el inicio de la ejecución por tener otras condenas anteriores que está cumpliendo.

- ¿Se puede acordar la sustitución cuando el penado está ilocalizable?. La respuesta es que la resolución debe acordarse antes del inicio de la ejecución, con independencia que exista orden de busca y captura o que se haya dictado mandamiento de prisión.

- ¿Cabe sustituir cuando se revoca el beneficio de la condena condicional?. La respuesta mayoritaria de las Audiencias es que no amparado en el tenor literal del artículo 85, y que el reo no transmite sensación de rehabilitación ni seguridad.

c.- Clases:

c.1.- Sustitución Ordinaria:

- Pena no superior a 1 años de prisión.
- Cabe sustitución por multa, TBC o por localización permanente.
- Cumplimiento de las obligaciones y reglas de conducta del artículo 83 (no pueden exceder de la duración de la pena sustituida)
- Se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Circunstancias personales del reo y su conducta:

1.1. Condenas anteriores y multiplicidad de hechos por los que se les condena, aunque sean faltas.

1.2. Condenas posteriores a la sentencia y anteriores a la fecha del análisis: peligrosidad criminal.

1.3. Eludir la acción de la justicia, acordándose su búsqueda, detención e ingreso en prisión.

1.4 Revocación de un anterior beneficio de suspensión de la pena al ser nuevamente condenado.

2.- Naturaleza del hecho (clase de delito, tipo de bien jurídico protegido y gravedad de los hechos).

3.- Esfuerzo para reparar el daño: la no realización de un mínimo esfuerzos e erige en obstáculo insalvable, sin que la declaración de insolvencia sea óbice para esta conclusión.

3.1. Totalmente inviable pedir la sustitución por multa cuando el condenado carece de recursos económicos, más aún en los casos de insolvencia.

3.2 No puede un Juez sustituir por multa cuando el penado interesa la sustitución por TBC o a la inversa, en base al principio de congruencia y de rogación.

c.2.- Sustitución Excepcional (artículo 88.1 párrafo segundo):

- Penas de prisión superiores a 1 año y que no excedan de dos años.
- No reos habituales.
- Valorar las mismas circunstancias que anteriormente.

c.3.- Sustitución Especial en Violencia de Género (artículo 88.1 párrafos 3 y 4 del C.Penal):

- Solo cabe por TBC o localización permanente.
- Sometimiento a cursos formativos, de reeducación, tratamiento psicológico.
- Observancia de las reglas 1 y 2 del artículo 83.

c.4.- Sustitución por expulsión de territorio español (artículo 89 del C. Penal).

REFORMA DEL CODIGO PENAL 2015.

Siempre se ha indicado que en lo que a la fase de ejecución de

sentencias se refiere se reseñaba, que “la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales firmes forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales que recoge el artículo 24 de la Constitución Española; por ello se erige en cuestión de esencial importancia dotar de efectividad los postulados del estado Democrático de Derecho”.

Y más en concreto, en lo que concierne a la propia fase de ejecución de sentencias penales, la pendencia sigue siendo excesivamente elevada y generadora de multiplicidad de resoluciones que eternizaban el trámite indicado. La reforma incorpora una revisión de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, en la que se modifica el régimen e valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil: el pago de la responsabilidad civil continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución, pero la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado determina la revocación de la suspensión ya acordada.

El tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el Juez o Tribunal pueden acordar la imposición de la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. También se modifica de forma notoria la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional.

La reforma tiene como finalidad esencial dotar de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de ejecución de penas privativas de libertad, incorporando una mayor discrecionalidad judicial, poniendo fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión especial de drogodependientes y sustitución de la pena), da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de

la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de la suspensión. De este modo se asegura que Jueces y Tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que puede redundar en una mayor celeridad y eficacia de la ejecución de la pena.

Con esta misma finalidad, se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil. El sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento de la sentencia. Por ello, se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil (y también, que se haya hecho efectivo el decomiso acordado por Jueces y Tribunales) continúa siendo presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

Con alternativas posibles, dentro del régimen único de suspensión de la ejecución que se establece, se mantienen:

1.- Los supuestos de DELINCUENTES QUE COMETEN EL HECHO DELICTIVO A CAUSA DE SU GRAVE ADICCIÓN A DROGAS O SUSTANCIAS TÓXICAS, si bien se añade algo novedoso que ya era objeto de análisis en algunas resoluciones respecto a la recaída durante el tratamiento, que no son objeto de revocación si estas recaídas no evidencian abandono definitivo del tratamiento (artículo 80.5). Se concede libertad a los Jueces y Tribunales para resolver sobre cuáles son las comprobaciones que deben llevarse a cabo para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales.

2.- Se mantienen los supuestos de LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN POR MULTA O POR TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD (artículo 80.3), si bien se consideran como supuestos o

modalidades de suspensión de la ejecución de la pena, en las que el Juez puede acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a los Jueces y Tribunales la facultad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión del cumplimiento de lo acordado entre las partes en un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible. El sistema también resulta más ágil en el caso de impago de la multa sustitutiva impuesta y, al igual que el anterior, será la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz por el penado, lo que determinará la revocación de la suspensión.

3.- Se mantienen los supuestos de SUSPENSION EXTRAORDINARIA POR ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE (ARTICULO 80.4) y de SUSPENSION EXTRAORDINARIA POR TRASTORNO MENTAL SOBREVENIDO (ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL).

El primer pilar para conseguir el buen éxito de lo propuesto por el legislador girará en torno al irrenunciable requisito de promover la implicación precisa de todos los operadores jurídicos en la reforma. Así, el artículo 82.1 del Código Penal resulta fundamental: “el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.” Resolver sobre la suspensión incluye resolver sobre las hasta ahora vigentes posibilidades de sustitución, convertidas a hora en nuevas modalidades de suspensión condicionada.

Obviamente serán ventajas que quien negocie un acuerdo sobre calificación jurídica y pena, incluya en su debate la modalidad de

cumplimiento de esa pena. O para las partes a las que se notifica una sentencia condenatoria, que además de fijar la pena, fija la modalidad de cumplimiento de la misma, lo cual favorecerá su opción de aceptar o impugnar cada uno de los pronunciamientos de la resolución.

Por ello, propiciar que tan trascendental pronunciamiento se incluya en la sentencia, tratar de sea posible en el mayor número de causas, resulta el objetivo prioritario de la propuesta y dar cumplimiento al mandato del legislador. Lo anterior nos llevará a estudiar qué es lo preciso para posibilitar tal pronunciamiento en la sentencia, o lo que es igual, tratar de reducir al mínimo los supuestos en los que no sea factible el pronunciamiento en la sentencia.

El artículo 80.1 inciso segundo dispone, que “para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas”. La experiencia ha puesto de manifiesto, y permite identificar sin mayor riesgo al error, los elementos, que con carácter general, las partes aportan a la causa en fase de ejecución para justificar sus pretensiones relativas a la modalidad de ejecución: documentos relativos a la situación laboral, a las circunstancias personales específicas, a las cargas familiares, informes psicosociales, tratamientos a los que está sometido, ayudas a terceras personas, etc. Y es esa constatación expresa la que permite establecer que, al menos en una gran mayoría de las causas, nada impediría a las partes (no olvida este Juzgador las dificultades con las que se encuentran los Letrados del turno de oficio relativas a la imposibilidad de contactar con sus clientes), adelantar las pretensiones y los elementos probatorios que estimen oportunos al respecto a una fase procesal previa a la ejecución. Nada,

claro está, salvo las prácticas, rutinas e inercias enquistadas, que nada solventan a estos efectos.

Y por las dudas que pudieran plantearse, téngase en cuenta que la única alternativa posible al pronunciamiento en sentencia la regula el artículo 82 “...En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”. Lo cual provoca la interrogante, ¿Qué elementos pueden aportar las partes relativos a la decisión después de la firmeza de la sentencia en juicios rápidos con conformidad ¿. Ante esto, el criterio genérico del legislador debería constituir la pauta general, frente a la excepción reservada a supuestos en los que postergar la decisión resulte inevitable: aquellos que requieran trámites inevitables de carácter no inmediato previos a la decisión, tales como la suspensión extraordinaria por enfermedad muy grave con padecimientos incurables (artículo 80.4) o relativos a la dependencia a sustancias estupefacientes (artículo 80.5), u otros, tales como juicio celebrado en ausencia del acusado.

Fdo. Juan José Parra Calderón

NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE COMISO Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Dr. D. NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA¹
Profesor Titular de Derecho Procesal
(Acreditado para Catedrático)
Universidad de Salamanca

Muy buenas tardes a todos. En primer lugar, quiero dar las gracias a los organizadores de esta actividad: el Área de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz, encabezada por el Prof. ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN —viejo amigo desde sus años como profesor en el Estudio salmantino—, y también, por la mayor responsabilidad que han tenido en el éxito de esta Jornada tanto a ISABEL VILLAR como a PABLO GARCÍA; mis saludos y agradecimientos los hago extensivos al resto de procesalistas gaditanos presentes, JESÚS SÁEZ, actualmente Decano de la Facultad de Derecho y ANA RODRÍGUEZ TIRADO, con la quien comparto la mesa, junto al Magistrado PARRA CALDERÓN.

Como habrán visto en estos días hemos desembarcado en Cádiz varios profesores de Salamanca por esa Ruta de la Plata que nos une: no tenemos nada más que dejarnos caer para seguirnos sintiendo como en casa, gracias a la

¹ Profesor Titular —Catedrático acreditado— de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, donde es Director del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción”, del “Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global” y del “Máster Universitario en Corrupción y Estado de Derecho”. Miembro del “Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, de “FLACSO-España” y de la “Asociación de Profesores de Derecho Procesal: ‘Proceso y Garantías’”.

Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada por los autores en el Proyecto de Investigación DER2012-32638 del Ministerio de Educación de España “Recuperación de activos derivados del crimen organizado y la corrupción. Implementación de criterios internacionales en Latinoamérica a la luz de la experiencia europea”.

hospitalidad y buen hacer de nuestros colegas gaditanos. Una Jornada como esta es buena muestra de cómo funciona un Área, de cómo se organizan actividades docentes con implicaciones directas en líneas de investigación presentes y futuras, de cómo se dinamizan los quehaceres diarios prácticamente a coste cero, en un Espacio Europeo de Educación Superior donde tan importante como cubrir las inquietudes intelectuales -en este caso que nos reúne, tratar de vislumbrar por dónde nos quiere llevar el legislador procesal español- lo es tratar de sumar actividades para el propio currículum.

En verdad es de todo punto acertado el título de la Jornada, tanto en su contenido como en la forma de plantearlo, en tono interrogativo: ¿Hacia dónde va la justicia?”. Sinceramente creo que por mucho que nos esforcemos académicos y prácticos en resolver el enigma terminaremos en pocas horas la actividad sin llegar a saber si hay luz al final del túnel. Incluso más: con toda intención los organizadores de la Jornada nos ponen a presidir las intervenciones a una diosa de la Justicia con una balanza desequilibrada, con los ojos vendados pero que a pesar de ello parece que ve más allá de la oclusión por debajo del velo: a mi juicio, y tal y como se ha reflejado en las intervenciones anteriores, por mucho que se nos diga o la impresión que nos da es que el legislador sabe a dónde quiere ir, a lo mejor lo no sabe, o lo que puede ser más grave no es descartable que se nos esté diciendo que quiere ir hacia un determinado sitio y nos está llevando hacia otro completamente distinto.

En el breve tiempo del que dispongo les voy a realizar una serie de consideraciones acerca del mapa legislativo español en materia de comiso y recuperación de activos, y ello a partir de una comprensión global del sistema penal español: tendremos que manejar y cohonestar la normativa sustantiva y la procesal, y además no sólo la vigente, sino la recientemente aprobada y que se encuentra en un periodo de *vacatio legis* hasta el primero de julio, así como la que está en las Cortes en plena tramitación parlamentaria y de la que se

espera tanto, entre otras cuestiones, estableciendo un procedimiento autónomo de decomiso. En esencia, un puzle legislativo en el que difícilmente encajan todas las piezas presentes y futuras, las cuales además tienen que pasar por el tamiz del grado de cumplimiento de los compromisos internacionales que nuestro país tiene asumido entre otras cuestiones en esta materia —la más reciente la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y el producto del delito en la Unión Europea—, y que vienen a servir de cobertura para que nuestro legislador adopte determinados cambios o introduzca nuevas instituciones. Si tuviéramos más tiempo podríamos valorar si realmente se nos está obligando a esas variaciones por parte de organismos internacionales o si simple y llanamente, como viene sucediendo en los últimos años —v. gr., con la penalización de la responsabilidad de las personas jurídicas—, se utiliza de justificación para lanzarnos en una determinada dirección querida políticamente.

Considero, como ya ha indicado el Prof. ÁLVAREZ ALARCÓN, que el decomiso es una materia no tanto novedosa —porque está recogido en nuestro sistema penal desde hace años— pero sí una de las grandes desconocidas.

A mi juicio más importante que exponer la regulación detallada de cómo están las cosas a día de hoy, como están a partir de la reforma de 2015 que afecta al Código Penal —fundamentalmente al art. 127— y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal —arts. 367 bis a 367 septies— es tratarles de hacer ver cuál es el contexto en el cual se han producido los cambios, cuáles eran las necesidades que se habían visualizado como imperativas en su consecución y por qué se han adoptado determinados cambios legislativos en esta materia.

El punto de partida tiene que ser que estamos ante un tema de la máxima actualidad por la realidad criminológica de los últimos años, a nivel interno e internacional, especialmente con relación a hechos relacionados con el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado, la trata de seres humanos,

el lavado de activos, la corrupción y, en general, los delitos económicos. Y ello porque todos ustedes son conscientes, por lo que vemos a diario en los medios de comunicación, a consecuencia de una serie de elementos comunes, una serie de denominadores, que son los que han llevado a una preocupación generalizada en todas las partes del mundo, a una producción normativa a nivel internacional y lógicamente como no podía ser de otra forma a un implementación de muchos de esos vectores de cambio por parte de nuestro legislador. Apreciamos, con relación a esos hechos delictivos, una comercialización de bienes y servicios ilegales —muy demandados y por ello, muy costosos económicamente y muy rentables—, el empleo de una lógica empresarial impulsada por un más que positivo análisis coste/beneficio en aras a la consecución de pingües beneficios económicos, la generación de una importante alarma social por muchas de esas conductas delictivas —caldo de cultivo ideal para aquellos que defienden el populismo punitivo— y, en última instancia, por los efectos que todas esas conductas van a provocar para la integridad institucional, para el desarrollo económico, político y social de los distintos países, problemática especial por su afectación a la valoración que se hace de la eficacia del sistema penal y de la Administración de Justicia.

Siendo así las cosas, la represión de los llamados por algunos delitos complejos tiene que estar sometida a límites. Así, en la materia que estamos analizando, en la normativa de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea se reconoce de manera expresa la vigencia de los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales, y en los procedimientos administrativos civiles y administrativos sobre derechos de propiedad. No es una novedad, por tanto, que toda la regulación que se haga en todos los países del decomiso y la recuperación de activos va a tener que bascular entre los extremos de la garantía y de la eficacia.

Planteadas así las cosas, el legislador a nivel internacional y el nacional de cada Estado se han tenido que plantear diseñar una nueva política criminal

para atajar esta realidad: por una parte, superando la visión tradicional del proceso penal con la que ha venido funcionando, el cual se conforma con perseguir y castigar al infractor, imponiéndole penas privativas de libertad y multas, y decomisando bienes e instrumentos del delito para evitar la reiteración delictiva; y por otro, avanzar hacia una regulación en la que se prive a las organizaciones criminales de los recursos y las ganancias que ingresan procedentes de sus actividades delictivas, esto es, prestando atención a las consecuencias de carácter patrimonial derivadas del delito, de ahí la importancia que en los últimos años se da a la investigación patrimonial y a la cooperación interinstitucional del Poder Judicial y de la Fiscalía con organismos público y privados.

Por esta senda viene transitando el legislador penal —menos el procesal— español en los últimos años, puesto que no ha habido reforma del Código Penal desde 1995 en la que no se haya dado un giro de tuerca cada vez más restrictivo en la regulación del decomiso, utilizando como cobertura —baste leer las exposiciones de motivos de las leyes reformadoras— lo que en teoría dicen los convenios, decisiones marco y directivas que obligan a nuestro país.

Podemos concentrar en seis las vías de actuación legislativa y operativa en las que han concentrado su esfuerzo las autoridades españolas en los últimos años:

- 1) exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, cuya decisión ha obligado a modificar el Código Penal y que pese al olvido del legislador penal amerita una reforma en profundidad de las normas procesales para darles a esas personas el adecuado estatus procesal;

- 2) abordaje integral del blanqueo de capitales, como un delito autónomo que trasciende en sus vinculaciones al narcotráfico, con relación al cual se implanta un sistema administrativo de carácter preventivo cuyo funcionamiento más o menos correcto puede dar lugar a la eliminación —o

cuando menos la atenuación— de la responsabilidad penal, y en el que juegan un papel fundamental en la ejecución de esa doble política las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) —en el caso español el Servicio Ejecutivo de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC)—;

3) la tipificación como delito autónomo del ‘enriquecimiento ilícito’, medida controvertida donde las haya, que periódicamente es reclamada por grupos políticos en el parlamento español para mejorar las dosis de eficacia en la persecución de las consecuencias patrimoniales de delitos como la corrupción pero frente a la cual se esgrime defensivamente la vulneración que sufrirían derechos y garantías procesales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y el debido proceso:

4) generalizar el decomiso, adoptando diferentes modalidades con distintas naturalezas jurídicas y ámbito de actuación, buscando siempre la eficacia: decomiso por sustitución o equivalente, decomiso ampliado, decomiso sin sentencia, decomiso de bienes de terceros;

5) reforzar la política de recuperación de activos con medidas legislativas orgánicas, en especial, creando una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), de cuyo buen trabajo se espera tanto puesto que una de las cuestiones que más exaspera a la opinión pública es constatar que si ya son pocos los asuntos relacionados con narcotráfico, crimen organizado, blanqueo de capitales y corrupción que llegan a juicio, que terminan con sentencias condenatorias que distan mucho de ser ejemplarizantes y de cumplir de manera integral con los efectos preventivos —generales y especiales— y retributivos de las penas, es palmario el fracaso en la política de recuperar los elementos patrimoniales relacionados y derivados de esos ilícitos, por lo que el delito sigue resultando provechoso para los infractores, caldo de cultivo para el descrédito institucional comentado; y

6) favoreciendo y estimulando la cooperación jurídica internacional, operativa en la investigación de los hechos, en su enjuiciamiento, en la ejecución de los pronunciamientos judiciales y en la recuperación de activos, ya que no podemos obviar el hecho que desde hace años los organismos internacionales anudan a los casos más importantes de los delitos de referencia su carácter transnacional.

Sentadas todas estas premisas se ha hecho necesario realizar un posicionamiento nacional en materia de decomiso y recuperación de activos, a la luz de las iniciativas legislativas supranacionales e internacionales, así como por su regulación en otros ordenamientos jurídicos, en especial de la Unión Europea.

En primer término ha habido que plantearse cuál es la naturaleza jurídica del decomiso, que a la vista de la positivación de la institución sí sabemos que no es única, aunque no sabemos realmente lo que es, o mejor dicho, si realmente puede servir de una manera jurídica clara y coherente con todas las misiones que se le encomiendan:

— no es una pena, pese a que con carácter general se esté exigiendo para su imposición que haya una sentencia de condena firme;

— no es una consecuencia accesoria, pese a su ubicación legal en los arts. 127 y ss. CP, donde además se mezcla su regulación con la responsabilidad penal de entidades o personas que carecen de personalidad jurídica y con la toma de muestras biológicas de personas condenadas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en bases de datos policial;

— no es una medida de seguridad, aunque en ocasiones se pueda adoptar con carácter previo/cautelar, y aunque con relación a esos bienes — especialmente los de tráfico ilícito— se pueda llegar a acordar la destrucción anticipada (art. 367 ter LECR) y la realización (art. 367 quáter .2 LECR);

— trata de poner fin a una situación patrimonial ilícita, al menos el comiso sin sentencia y el comiso ampliado.

Hay que plantearse además cuáles son los límites infranqueables para la institución, porque analizadas en detalle alguna de sus versiones —en la ampliada o en la civil sin sentencia penal— pareciera que nos acercamos a la confiscación prohibida desde la Constitución de Cádiz de 1812.

También en la ejecución del decomiso y las políticas de recuperación de activos se ponen en tela de juicio derechos y garantías procesales, a consecuencia del establecimiento de presunciones legales —para mejorar la eficiencia— y la fijación legal de indicios, en ocasiones a título ejemplificativo.

No menos claro es el destino definitivo —e incluso provisional— que hay que dar, en qué orden y proporción, y con intervención de qué instituciones y organismos —nacionales, y en ocasiones internacionales— a los bienes decomisados: gastos de conservación, gastos del procedimiento de realización, responsabilidades civiles, costas, víctimas de los delitos, ORGA, órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

Finalmente, como no podía ser de otra forma al estar en una materia que tiene un importante componente transnacional en muchas ocasiones, aunque sólo sea por la localización en la que se establecen los infractores o en la que se localizan muchos de esos bienes que tienen que ser recuperados, las autoridades españolas tienen que dar margen de actuación a las de otros países a la hora de hablar del destino que pudieran tener los diferentes bienes, cuestión espinosa y generadora en muchas ocasiones de fuertes desavenencias.

Hasta aquí, la filosofía del cambio. Estas ideas expuestas a vuelapluma tienen que ser contrastadas, confirmadas o rebatidas, a la luz del amplio marco normativo regulador:

a) Internacional:

⊃ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988): arts. 1.f), 3.4.a) in fine y 5.

⊃ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2001): arts. 2.g), 12-14.

⊃ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003): arts. 2.g), 3.1, 31, 53.c), 54-59.

b) Supranacional, de la Unión Europea:

⊃ Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998 del Consejo, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

⊃ Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001 del Consejo, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y producto del delito.

⊃ Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003 del Consejo, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.

⊃ Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, del Consejo, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

⊃ Decisión Marco 2006/783/JAI, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

⊃ Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

c) Nacional:

⊃ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: arts. 86.1.d), 90.4.I, 127-128.

▷ Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882: arts. 367 bis a 367 septies. Y Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales: arts. 803 ter a a 803 ter u.

▷ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea: arts. 157-172.

▷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: arts. 437-447 y 496-508.

Concluyo posicionándome sin ambages en la valoración de la reforma presente y futura del sistema penal español en materia de comiso y recuperación de activos, recurriendo a la misma dinámica por la que ha apostado el legislador español: la coherencia y sistemática con la que califica su trabajo es una presunción que admite prueba en contrario, como a buen seguro se va a encargar de hacer la doctrina, e incluso esperemos que la afección a algunos derechos y garantías constitucionales sea acometida frontalmente por la jurisprudencia de tribunales ordinarios y constitucional.

Como en otras ocasiones hemos señalado, tanta eficacia como sea posible, pero a la par tanta garantía como sea necesaria.

Muchas gracias.

TEMAS PARA UN FUTURO PROCESO PENAL

D. MANUEL ESTRELLA RUIZ
Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz

Muchas gracias querido Decano. Mis primeras palabras, como no puede ser de otra manera son de agradecimiento a la institución, a la facultad, al departamento de procesal, a mi querido amigo Arturo, que en términos penales es el inductor de mi presencia en este acto, no digo que llegue a ser el autor porque su responsabilidad está un poco menguada, pero sin él yo no estaría aquí sentado ante ustedes esta tarde. Cuanto ha manifestado en su presentación es una verdad a medias, yo comparezco aquí el último no sé si como “sobrero” como para finalizar el curso de esta intervención , ya que la hora no es ya ni tan siquiera taurina por lo que no pretendo cansar a estos pobres alumnos que estarán ya absolutamente saturados de tanta ciencia jurídica.

He examinado por encima el programa y he visto que aquí ha habido intervenciones elocuentes y brillantes, entre otras, las de dos compañeros a los que quiero mucho, que están aquí sentados en primera fila y parece ya muy loable el esfuerzo que van a hacer de última hora por escuchare a mí.

Ya que todos llevamos un día bastante duro, voy a intentar ser conciso, pero por supuesto valiente, pues tal y como les ha manifestado Jesús, y tiene mucha razón, yo no tengo pelos en la lengua a la hora de hablar de las ventajas, virtudes y grandes defectos que tiene nuestro sistema, en concreto lo que esta tarde nos toca: el proceso penal español. Les voy a dar una visión muy genérica para que no se aburran en exceso sobre lo que creo que debería ser un buen proceso en el siglo XXI en un país inmiscuido en la Unión

Europea.

Tengo la gran suerte de ser miembro de la Red Judicial Europea (REJUE) participando como experto en Cooperación Judicial Internacional, ayudando y asesorando a mis compañeros en dicho ámbito, y también de la Red Latinoamericana de Jueces (REDLAJ). De esta última, que por supuesto es mucho más divertida que la europea, ya que no hay color entre Iberoamérica y Europa, hay que reconocer que es un mundo diferente, y verdaderamente simpático, donde la gente además es muy imaginativa y con muy pocos recursos y medios, da lugar a soluciones importantes en derecho, cosa que a los españoles tampoco nos viene mal porque ya saben ustedes que los medios con los que cuenta la justicia española, y si no lo saben se lo digo yo, son más bien escasos.

Quiero empezar diciendo que en España, en el mes de marzo, se ha producido una auténtica revolución jurídica que no sé si ustedes se han percatado de ello, pero tampoco las sufren en exceso, porque las cosas más importantes no entran en vigor hasta el mes de julio afortunadamente. En España en muy poco tiempo han visto la luz una serie de medidas y un bloque normativo muy importante, con una trascendencia enorme que además yo creo que es imposible entender lo uno sin lo otro.

Por ejemplo, la Ley Orgánica 1/95 de reforma del Código Penal, que trata temas importantes como el blanqueo, no por originalidad del legislador español, sino por imposición de la Unión Europea. El legislador español podría decirse “que no legisla”, se limita a emular lo que otros ordenamientos jurídicos hacen. La mayoría de las normas que en España se aprueban hoy en día son influencia de otro tipo de ordenamientos, como por ejemplo la regulación de ciertos delitos en la nueva reforma de la legislación alemana y la austriaca cuyo nivel de civismo estarán ustedes conmigo que no se parece demasiado al español. Pero eso sí, aquí transcribimos todas las normas que Europa nos obliga, como es el caso de una nueva regulación sobre los delitos

socioeconómicos relacionados con el concurso de acreedores, que pobre del que a partir de ahora sea administrador de un concurso, pues si se tipifica como delito, algo tan inimaginable como tener una doble contabilidad, o haber incurrido en algún defecto contable o tener una simple divergencia con el auditor, que los acreedores me van a inmiscuir en el delito. Cualquier concepto de estos que puede dar lugar ahora mismo en el artículo 295 del Código Penal a que yo esté incurso en la comisión de un delito.

El artículo más importante del Código Penal es el artículo 80, que viene a decir que todas las penas en España no tienen más objetivo que la suspensión, lo que en el argot jurídico se conoce como “la condicional”. Es decir, una pena que por paradojas de la vida no se cumple, es así, esa es la función del proceso jurídico penal español. Una pena que luego no se va a cumplir por una serie de condiciones que tampoco son tan complicadas tenerlas, como por ejemplo, no tener antecedentes penales, comprometerse sin tener que hacerse efectivo a satisfacer las responsabilidades civiles y que las penas no superen los dos años de prisión salvo que uno sea drogadicto en cuyo caso podría llegar a cinco. En mi opinión esto es importantísimo pues creo que es el objeto para un proceso penal moderno. Es decir, no se debe suspender la ejecución de la pena privativa de libertad después de que todos los profesionales hayan hecho un esfuerzo inmenso y el Estado se haya gastado una cantidad ingente de dinero en la condena, sino suspender el proceso en vez de suspender la pena. Y esto no es algo caprichoso, ni que se me haya ocurrido a mi, sino es lo que se hace en el mundo entero menos en España. Más adelante iremos viendo como se puede materializar esto.

Estas penas de las que les hablo, que por ejemplo pueden cometer los administradores concursales, los deudores que se ven incursos en un concurso, etc. no son fácilmente suspendibles porque las penas van de uno a cuatro años, con lo cual es bastante probable que sobrepasen los dos años. Además si en estos procesos se encuentra por medio la Seguridad Social o

Hacienda, entonces es ya seguro que la pena no baja de dos años. No es que sean créditos privilegiados como lo han sido toda la vida, es que tienen un plus de privilegio; la amenaza, el castigo, el carácter imperativo, el carácter de la norma penal, la reprensión pública, la reprensión privada, es decir; si un ciudadano les adeuda cantidades importantes, la pena no baja de dos años y por tanto la prisión está asegurada.

La consecuencia de ello es que nuestras cárceles se van a empezar a llenar de personas diferentes de las que se concibió el derecho penal. El derecho penal se planteó para delincuentes comunes y ahora la situación está cambiando, pues tenemos en prisión a alcaldes, políticos y otros servidores públicos.

El derecho penal ya no es simplemente suburbial, no está pensado exclusivamente para centros de población absolutamente excluidos de la racionalidad social, sino para personas absolutamente normales cuya resocialización es absurda porque están perfectamente socializados.

De la reforma del Código Penal que les estoy comentando, tal y como se presenta en la prensa y otros medios de comunicación, pareciera que lo más importante de todo es la prisión permanente revisable, pues no, no se preocupen por eso, pues no tiene tanta trascendencia. Entre otras cosas porque las penas máximas españolas ya alcanzaban los cuarenta años de prisión, en algunas circunstancias especiales y en circunstancias ordinarias se podían alcanzar los treinta. A modo de ejemplo cuando un señor comete un delito con cierta edad, teniendo en cuenta que el proceso penal español es bastante lento, si a ello le sumamos otros cuantos años y además se le impone una pena de treinta años, pues en la práctica podríamos decir, que prácticamente se convierte en una prisión permanente o lo que es lo mismo, cuando salga de la cárcel su vida se puede decir que está agotada.

Lo más importante que ha modificado el legislador en cuanto al Código Penal es la supresión de las faltas, que estaban con nosotros desde 1848. Pero

esto no significa que las faltas vayan a desaparecer, no es cierto, es una auténtica falacia. El derecho es como el agua, siempre ocupa su sitio. Las faltas regulaban unas situaciones de desorientación social que tenían su razón de ser y que para quien los sufría, para la víctima de la falta, tenía mucha importancia así como también para quien la ocasionaba .

Esas faltas van a tener tres salidas. Unas se quedan en el Código Penal bajo la calificación de delitos leves, que es un concepto jurídicamente nuevo, imposible de definir nada más que en función de la máxima pena a imponer partir de hasta los dos meses de prisión. Esto tiene dos inconvenientes uno es que en la práctica se va a seguir regulando exactamente igual que un juicio de faltas, lo que para mi es de muy dudosa constitucionalidad. En el juicio de faltas que todos conocemos, el denunciado normalmente ni sabe de que le van a acusar, ni que pena le van a pedir, ni que responsabilidad civil le van a exigir.... y todo ello a modo de ejemplo, porque esta persona ha tenido un accidente, se ha llevado a varias personas por delante y le van a pedir equis millones de euros de indemnización. Una tontería, una cosa que le ocurre a cualquiera todas las mañanas. Como comprenderán, esto es algo que no tiene ninguna garantía, pues el principio acusatorio no existe en el juicio de faltas y no se conoce la imputación hasta el último instante de la celebración del juicio. Es más, no sé que medios de prueba va a llevar la parte acusatoria por lo que tampoco se sabe muy bien que medios de prueba ha de llevar el denunciado o en que basar su defensa.

Cuando eran faltas sin más, era una bagatela y no tenía especial importancia. Pero ahora los delitos leves van a tener otro tipo de consecuencias pues generan antecedentes penales y yo cuando me dirijo a personas jóvenes como ustedes no me canso de advertirlo. Hay que tener especial cuidado “con las tonterías” porque un antecedente penal puede desgraciar la vida a una persona siempre y de manera especial en la juventud. Por ponerles un ejemplo, me puede impedir presentarme a una oposición,

porque en tanto y cuanto se cancela yo no puedo hacer frente a ninguna aún estando perfectamente preparado, pues el primer requisito es ser español, mayor de edad y no tener antecedentes penales en cualquier tipo de oposición. También es verdad que no va a tener efectos a la hora de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, pero como les digo, eso no es lo más trascendente. Lo importante y aquello que conlleva mayor gravedad es que el delito leve que antes era una simple falta, ahora sí va a figurar en el registro de antecedentes penales y está hecho a conciencia y tiene consecuencias de mucha trascendencia para la vida normal de las personas comunes y corrientes como todos los que estamos aquí.

Los que no sean delitos leves, se van a regular en otra ley trascendental y que no por casualidad se publica en el mismo Boletín Oficial del Estado, La ley de Ordenación de Seguridad Ciudadana, que deroga aquella, que los que ya tenemos ciertos años conocemos del año 92 como la Ley Corcuera, y cuyo artículo 22 fue derogado por el Tribunal Constitucional por lo que se llamó de “la patada en la puerta”. Esa ley ya cumplió su papel, han transcurrido muchos años de democracia y estaba bastante obsoleta. Esta nueva ley es correcta, y lo es, porque regula todas las infracciones relativas a la seguridad ciudadana con los mismos criterios que el derecho penal. Y todo ello, no por ocurrencia del legislador, insisto, sino porque venía impuesto por toda la jurisprudencia del tribunal especializado en lo contencioso administrativo en materia disciplinaria. Es decir tiene que haber un expediente contradictorio, una fase de alegaciones, un recurso de alzada, y además la novedad radica en que no es la Policía la que sanciona, sino que propone que sancione una autoridad, en este caso el Subdelegado del Gobierno. Este proceso va a dar lugar a que todo lo que hasta ahora se tramitaba en los juzgados en un juicio de faltas ahora es competencia de las Subdelegaciones del Gobierno, y cualquier resolución que se precie del Subdelegado va a ser inmediatamente recurrida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El fin primordial de la Exposición de Motivos , que yo aconsejo que la lean, pues está muy bien, de la reforma del Código Penal, aparte del principio de intervención mínima, que es algo a lo que siempre hace alusión el legislador, porque funciona estupendamente, es evitar el colapso judicial que se produce en la vía penal.

Pero esto no es del todo cierto. Sí, va a evitar la vía penal, pero va a incrementar la contencioso administrativa. Aunque lo más preocupante es todo lo relacionado con el tráfico, que estaba recogido en el artículo 621, que es un precepto trascendental del Código Penal y que a partir de ahora, va a pasar al mundo civil. Me estoy refiriendo a los accidentes de tráfico donde se ventilaban indemnizaciones millonarias y que ahora van a convertirse en un juicio civil. En un principio se podría pensar que es lo mismo, pero no es así. La diferencia radica en que en el juicio penal se puede pedir cualquier cantidad, que no afecta a la cuantía de las costas, porque estas son las mismas, así pida siete millones de euros o seiscientos, que aunque parezca una aberración, es así. Hasta hace relativamente poco que han desaparecido las tasas judiciales, los particulares que querían entablar una demanda, lo primero que tenían que hacer era pagar un canon, una tasa, si no, no se podía interponer. Esto no es así con las aseguradoras, ya que estas son personas jurídicas y siguen pagando tasas. Y aquí es donde radica la diferencia, que considero crucial. Hasta ahora en el juzgado de instrucción las lesiones las examinaba un perito absolutamente especializado en la materia , un médico forense, que es un funcionario imparcial y por supuesto va a cobrar igual tanto si el resultado es lo que en el argot se llama un “cuponazo cervical”, es decir una lesión de la que jamás me voy a recuperar, o que simplemente me duele un poco el cuello. Y esto es algo de lo que suelen aleccionar muy bien los abogados especializados en la materia.

Y esto es trascendental, ya que a partir de ahora y hablando de un procedimiento civil, el Forense no puede intervenir de ninguna de las maneras

porque se lo prohíbe su estatuto no puede actuar jamás a petición de una parte privada y los letrados tienen que valerse para entablar la demanda, de un médico especialista en valoración del daño personal que evidentemente, sin cobrar no interviene y que en no pocas ocasiones puede ir incluso a comisión. Esta ausencia del Forense en estos accidentes de tráfico, es algo de tintes absolutamente dramáticos.

Otra de las reformas que se van a producir es la modificación absoluta del registro civil, que en vez de estar como ha estado desde el siglo XIX en manos de la justicia, pues ahora va a pasar a las de los Registradores de la Propiedad. Ahora parece ser que también está en suspenso, que no está muy clara su entrada en vigor.

Ya les había comentado que han desaparecido las tasas judiciales, por lo que ya me dirán ustedes lo trascendental que jurídicamente, ha sido el mes de marzo, y que la reforma del Código Penal de la que les vengo hablando, entra en vigor en el mes de julio del presente año.

Lo que desde luego creo que es fundamental es la reforma del proceso penal, ya que de los cuatro órdenes jurisdiccionales que existen, es el único que no ha sufrido una transformación importante, todos los demás la han tenido y de forma esencial. Seguimos con nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que si no recuerdo mal es de 1882, que es una ley magnífica, muy bien escrita, muy bien redactada, no como las de ahora, cuya redacción valga la redundancia deja mucho que desear en la inmensa mayoría de ellas, pero hemos de estar de acuerdo, está un poquito obsoleta, un poquito “demodé”. Es una ley decimonónica, que con toda lógica, no sabemos si cumple hoy en día el papel para el que estaba pensada.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, la LECrim. como decimos en el argot, es una ley muy importante, no es una ley cualquiera, es una ley trascendental y por supuesto ha sufrido numerosas modificaciones desde entonces, pero a base de parches. Ninguna modificación salvo el proyecto que

ahora mismo hay en trámite, del que se que han estado hablando a lo largo del todo el día de hoy, no ha existido ninguna modificación trascendental y la mayoría de ellas ha sido vía imposición de importantes Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el año 1989 se dicta una Sentencia por el Tribunal Constitucional, donde se nos dice que el Juez de Instrucción que está instruyendo un delito no debe ser el mismo que celebra el juicio. Que por qué? Pues porque prácticamente ese juez entra en juicio con la Sentencia ya pensada. La consecuencia de esta situación fue la creación de los Juzgados de lo Penal. Estos nacen en diciembre de 1989 y empiezan a funcionar en enero de 1990, pero no por idea del legislador, sino por imposición del Tribunal Constitucional, que sinceramente creo que no son esas las pautas más correctas para proceder a las reformas procesales en ningún país serio.

Quisiera exponer, cuales serían las dudas del futuro proceso penal que sería importante que el legislador, quizás auxiliado por personas que entiendan del día a día del enjuiciamiento criminal, se deberían de una vez por todas resolver.

Primero: la participación del imputado en el proceso. Hasta ahora, en la primera entrevista ante la Policía, el abogado que asiste a un detenido, no lo asesoraba, simplemente lo asistía y garantizaba que no se conculcaran sus derechos, pero en ningún momento lo asesora y a partir de ahora al parecer, esto va a cambiar en sentido positivo.

En segundo lugar habría que aclarar de una vez por todas si la instrucción de un proceso es pública o es secreta; porque en principio es pública, el secreto no puede durar más de un mes, pero todos vemos a diario como hay asuntos, sobre todo los más importantes, en los que el secreto de las actuaciones se prolonga y se dilata un mes tras otro y eso, jurídicamente no es algo especialmente sostenible. Deberían aclararnos en alguna ley definitivamente, qué valor tienen las diligencias sumariales que se practican en

todos los Juzgados de Instrucción. El problema radica en que una cosa es lo que dice el Tribunal Supremo, otra lo que aplican las Audiencias, y no les digo ya nada de lo que dicen los jueces de lo penal. Cada uno tiene su criterio y lo que tendría que existir es un criterio legal que nos vinculara a todos, diciendo cuál es el valor de esas diligencias probatorias. Tendrían que decirnos si por ejemplo en la fase intermedia del proceso penal hay o no igualdad de partes. Ahora mismo no la hay, no existe. Curiosamente en la instrucción no existe bajo ningún concepto la igualdad de partes, siempre que no sea secreta. Existe por supuesto en el plenario y en el juicio oral, pero en la fase intermedia no la hay. No es lo mismo que el Fiscal pida una serie de diligencias complementarias antes de calificar, que a todo se le va a decir que sí, a que lo pida otra persona que a todo se le va a decir que no. O sea que la desigualdad es palmaria, es la auténtica realidad y a las cosas hay que llamarlas un poco por su nombre, porque si no estamos aquí perdiendo miserablemente el tiempo. Hay que decir qué pruebas son validas en juicio, cuales son repetibles y cuales no; si son repetibles con menores o sin menores; pues según una declaración la preste un mayor o un menor de edad se repite o no se repite, una se puede celebrar como prueba anticipada y la otra no, tiene que ir a juicio, etc. en fin, un auténtico galimatías, un desastre. Y por supuesto deberíamos aclararnos qué tiempo de recurso de apelación queremos, qué es apelable y qué casación queremos tener, y por desgracia, nada de esto está claro en absoluto en la legislación procesal penal de nuestro país.

Dicho esto, ¿qué funciones tiene que cumplir ese proceso penal que a mi se me ocurre que debería regularse de una vez por todas? Pues en primer lugar por supuesto definir que la aplicación de la ley penal tiene que ser por un tercero absolutamente imparcial. En España, los jueces son, desde mi punto de vista unas personas jurídicamente extraordinarias, con una capacidad estupenda y además con una independencia absoluta. Yo llevo veintisiete años de juez y en mi vida profesional nadie me ha llamado para nada, habiendo

llevado asuntos de mucho calado y trascendencia, con muchos políticos importantes por medio, que es donde todo el mundo piensa que está el problema y el peligro, y jamás he recibido ni una llamada telefónica, ni la mínima insinuación. Pero no está de más que la ley lo recoja con un carácter tajante. Es también importante que el código fije cuál es la función social en el tratamiento de la delincuencia. Y algo para mí esencial; precisamente tengo la suerte de conocer muchísimos ordenamientos jurídicos de otros países por mi labor en la REJUE, como comentaba al principio de esta charla y por ende, he realizado muchas consultorías de cooperación internacional y creo que en España lo que nos falta esencialmente es la mediación penal y la justicia reparadora. Sin embargo no existe el más mínimo atisbo de justicia reparadora en el ordenamiento jurídico español; ni en el penal puro, ni en el procesal penal. Es más, mi opinión es que los trabajos en beneficio de la comunidad deberían ser trabajos en beneficio de la víctima, porque así es como funciona en el resto del mundo y funciona muy bien. Aquí tenemos una justicia reparadora en términos económicos, y como el noventa y nueve por ciento de los delincuentes son insolventes, la reparación económica es impensable, es inimaginable.

Esto de la función social del proceso y de la justicia reparadora no es idea mía, está recogida en las conferencias de Ministros de Justicia de la Unión Europea. Se trata de la COMJIB, un organismo equivalente en los países iberoamericanos en el que yo he tenido la suerte de participar alguna vez. Hay que fomentar la mediación, el apoyo a las víctimas, hay que prevenir todo tipo de reincidencia, hay que tener reglas especiales para grupos delincuenciales que están surgiendo en España sobre todo en jóvenes. En España todavía no tenemos la situación de Guatemala, Honduras o Nicaragua, pero sí tenemos grupos de delincuencia organizada juvenil muy peligrosos y no les digo nada de todas las amenazas del terrorismo yihadista que empiezan a pesar seriamente sobre nuestro país.

En materia de garantías de derechos sin embargo, yo creo que nuestra legislación acompañada de la jurisprudencia sí es correcta y está bastante bien. Entiendo que el artículo 579 está obsoleto, pero creo que todo esto se va a regular “exnovo” y si el proyecto sale adelante, parece que en esto no habrá ningún problema. Eso sí, seguiremos preguntándonos siempre lo mismo ¿este Auto está motivado o no está motivado? Será un auto motivado aquel en el que se exprese claramente la razón por la cual se está dictando esta resolución o dicho de otra manera, donde se expongan las circunstancias reales atinentes al caso concreto de que se trate. Esa la única función que tiene que tener el auto. Todo lo demás, no sirve absolutamente para nada. Esto es lo importante y la función de motivación en España, la mayoría de las veces se lleva muy bien en Sentencia, en las resoluciones interlocutorias, pero sin embargo, en las restrictivas de derechos fundamentales, desgraciadamente no tanto.

Evidentemente hace falta una investigación mucho más eficaz y más diligente en la que no existan dilaciones indebidas, como desgraciadamente existen hoy en día. Yo reclamo siempre que intervengo en público la existencia de una Policía Judicial de verdad, la que marca la Constitución española que no existe ni creo yo que la vayamos a ver casi ninguno de nosotros, porque a quien le interesa, al que manda, no le va que eso exista y es más, tampoco le interesa que la Policía dependa funcionalmente del Ministerio Fiscal, que es del único del que puede depender, por supuesto, no de los jueces, ya que no están para esto.

Insisto que hay que incrementar enormemente el principio de oportunidad. A mí me parece que una de las pocas reformas que en materia de enjuiciamiento criminal han funcionado en España es la del año 2002, la referente a los juicios rápidos, que al principio fueron enormemente criticados por la doctrina, porque entre otras cosas decían que aquello no iba a tener garantías. El caso es que estos juicios son “un chollo”, pues ofrecen la posibilidad de que a uno le impongan una pena un tercio inferior al mínimo

legal, es decir se viene abajo el principio de legalidad de inmediato, pues lógicamente todo el mundo se agarra a esta posibilidad. Si ustedes leen el 795 y el 801 lo primero que harán es comprobar que no tienen ni idea de lo que es un delito flagrante, pero no porque ustedes no lo sepan, sino porque el legislador se ha inventado un concepto de delito flagrante que no tiene nada que ver con la realidad, pero del que se aprovecha todo el que puede. Creo que esto hasta por lo menos el Auto de transformación del Procedimiento Abreviado debería ser ampliable a todo tipo de delitos; la posibilidad de reducir una conformidad privilegiada a la pena mínima imponible y evitar el proceso y naturalmente, como les he dicho antes, la suspensión del mismo. Es decir, en delitos de hasta equis años de prisión en abstracto, lo que el legislador decida, que el Ministerio Fiscal tenga la posibilidad de suspender el proceso, y nos referimos a los que normalmente vayan equiparados con la posibilidad de suspender la pena que hipotéticamente se imponga en su momento. Y todo esto que les acabo de explicar, resultaría mucho más barato, así de sencillo.

El problema de España es que no tiene sentido el esfuerzo inhumano que hay que hacer para condenar a una persona; imponer una Sentencia, facilitarle un recurso, que éste devenga firme, que luego se acuda al Tribunal Constitucional, para terminar pidiendo, que es lo único que se persigue: la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Pues si todo esto se hiciera dos años antes, suspendiendo el procedimiento, todos nos habríamos ahorrado muchas cosas importantes.

En el nuevo proceso del que venimos hablando, creo que en materia de investigación lo primero que haría falta es la especialización profesional. A mí me parece que en ese campo es mucho más fácil la especialización del Fiscal que la del juez porque el Fiscal tiene una forma orgánica de funcionar completamente diferente y en el juez teníamos siempre el problema del juez natural predeterminado por la ley, que es algo muy difícil de compatibilizar

con la figura de la especialización. Hay que tener por supuesto una información interactiva. La cooperación internacional hoy en día es esencial, porque ya el proceso no es algo que ocurre en un ámbito urbano pequeño y de allí no sale, sino que hoy por hoy es algo muy complejo y las tramas de delincuencia organizada son enormes.

El Fiscal pienso que es la plataforma sobre la que versa cualquier cambio de modificación futura de la instrucción judicial. El Fiscal es el destinatario de la investigación, es el que debe solicitar la entrada y registro, la intervención de las comunicaciones. En ningún país del mundo pide eso la Policía a un juez como ocurre en nuestro país, es una cosa inimaginable, lo pide un Fiscal que es quien tiene el peso de la instrucción y lo que existe a su lado es un juez de garantías que al final va a decidir si esas medidas se adoptan o no, como va a decidir la prisión preventiva, como va a decidir todo tipo de medidas cautelares, etc., etc. Me parece también esencial que antes de sentar a una persona en un banquillo, un tercero imparcial que solamente se puede llamar juez, porque no se puede llamar de otra manera, mediante una audiencia preliminar, decida si hay elementos suficientes para llevar a cabo la fase de calificación del delito. Esto es algo muy serio, y no lo puede decidir ni un Fiscal, ni la acusación particular, ni mucho menos esa acción popular que hemos logrado crear en España que es que cualquier persona puede hacerlo.

Yo les insisto en que la idea de la suspensión del procedimiento en relación al principio de oportunidad y a la justicia restaurativa es una idea fundamental para cualquier modificación del proceso de futuro y deberíamos decidir que tipo de apelación queremos, porque las formulas de apelación están recogidas como derecho en el artículo 14 del pacto de Nueva York de 1966, el Pacto Internacional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, y también en nuestro artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos, pero no dice que apelación tiene que haber. Deja a cada país que decida como quiere definir su recurso de apelación.

Yo aquí tengo dos ideas claras. La primera, es que no es factible la revisión fáctica en el recurso de apelación. Yo creo que en un recurso de apelación no se deben revisar los hechos que se declaran probados en la Sentencia, salvo que sean un auténtico disparate, porque para eso está el juicio, y en segundo lugar, como pasa en casi todos los países del mundo, tampoco soy partidario de que sea recurrible en apelación una Sentencia absolutoria, es decir, el que haya tenido la suerte de que se le absuelva en la primera instancia se acabó. Tampoco es razonable brindar al Estado otras cuantas oportunidades, a ver si de una vez, se logra condenar a equis personas, pues eso no es creer en el juicio, es no tener fe en el juez que preside el primer juicio y si se equivocó, pues suerte para ese señor, pero no creo razonable que exista un recurso de apelación contra una Sentencia absolutoria. Por descontado, la casación tiene que ser exclusivamente por infracción de ley y nada más, esa es la función del Tribunal Supremo y no puede tener otra, y se admiten recursos indebidamente, a pesar de sus medidas de autoprotección. La función de la casación, es unificar la doctrina a través de un recurso de infracción de ley.

Entre tanto, mientras esto se produce o se deja de producir, que son ideas, si ustedes me permiten un tanto ambiciosas y que no será fácil que las veamos, porque este país no es sencillo a la hora de tomar decisiones jurídicas legislativas de este calado, se pueden hacer cosas importantes por el camino. La primera, la hemos discutido Javier y yo hace muy poco, si es razonable o conveniente, crear juzgados especializados en gran delincuencia al margen de los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, que afortunadamente nadie discute, a pesar de ser todos ellos, ahora que nadie nos oye, de muy dudosa constitucionalidad y tener su origen en un órgano de nula constitucionalidad que era el Tribunal de Orden Público Español. Pero la verdad es que esos Juzgados Centrales funcionan de maravilla y que la mayoría de los asuntos que se ventilan en ellos en el resto de los de Instrucción, pongamos el Juzgado

de Instrucción de Cádiz número uno, serían imposibles de sacar adelante. Entre otras cosas porque las grandes brigadas centrales de investigación de la Policía y de la Guardia Civil no están en Cádiz, están en Madrid, y no pueden ir al socaire de que se les llame de cualquier Juzgado de Instrucción. Pienso que eso crearía el problema de que determinados jueces se convertirían en jueces estrella, pero yo incluso estaría dispuesto a soportar ese precio. A nivel provincial, es importante destacar a modo de primera figura, el Tribunal de Instancia que ojalá se cree algún día, pues creo que es la gran solución a la mayoría de nuestros problemas y sería importante que se pudiera llevar a cabo cuanto antes.

Creo enormemente en los juicios rápidos, pues han sido el gran acierto del legislador del año 2002 y los potenciaría enormemente. Como el legislador ha dicho que un delito flagrante es “lo que le da la gana”, pues ya que vaya en cualquier tipo de delito, siempre y cuando no superen unas penas y por supuesto se produzca una conformidad privilegiada. Me parece una buena idea lo de brindar al Fiscal el principio de oportunidad como ya se ha hecho en el artículo 963, si no recuerdo mal, de la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que va de soslayo incluida en la reforma del Código Penal. En él se expone que los asuntos de escasa importancia y que no tengan trascendencia pública pueden archivarse de plano a instancias del Fiscal y aprobado por el juez, lo que a mí no me parece mal.

Por supuesto yo derogaría de plano el sumario, pues la considero una norma absolutamente obsoleta, que no tiene ni el más mínimo sentido y que lo único que hace es generar problemas al funcionario en su tramitación.

Lo de los plazos procesales es algo peculiar y no creo en ellos, pues sólo son para las partes, para los demás no los hay, nunca los ha habido en España y no los va a haber ahora. Los plazos procesales ni son para el Fiscal ni son para los tribunales y está bien que sea así, aunque es una tema que se nos escapa y sería muy largo de explicar, pero es correcto. La ley ahora va a

regular una serie de plazos de instrucción, pero no dice que ocurre si se incumple. ¿Qué ocurre, que se archiva de plano y aquí no ha pasado nada? Ya verán ustedes como no va a ser así, pues sólo faltaba que eso fuera una patente de impunidad. Pues según el buen o mal funcionamiento de un juzgado, una persona saldría absuelta o condenada. Los plazos están copiados de los países donde instruye el Fiscal pero con una diferencia, que allí es el fiscal el que instruye sin que nadie se entere y no arranca el procedimiento penal hasta que no tiene todo el material probatorio en sus manos. Así es como funciona en el mundo entero y por eso, se le da un plazo al Fiscal para cuando comienza su instrucción, y si no lo termina en el plazo de seis meses pues precluye, y lo hace con la absolución, por supuesto que sí, como no puede ser de otra manera, todo susceptible de prórroga si el delito es muy grave, si es muy complicado, etc., etc.,... pero el Fiscal no hay duda de que arranca la instrucción sobre una base sólida. Por ejemplo, cuando tiene todas las pruebas de que se está blanqueando dinero en una organización de narcotráfico de la provincia de Cádiz, y cuando lo tiene todo preparado, es cuando arranca la instrucción pura y dura que ya está controlada por el juez de garantías. Y naturalmente tiene que haber un plazo, lo que no puede ser, es ponerle un plazo a algo que no tiene sentido, porque además no sé si ustedes lo saben, pero el sumario, que es el proceso pensado para los delitos gravísimos, tiene un plazo de un mes. El sumario dice la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tiene que concluirse en un mes, y en un mes, yo no he visto nunca ni que empiece un sumario y no pasa nada y aquí, si Dios no lo remedia, pues vamos a seguir exactamente igual. También me parece oportuno que se configuren alternativas importantes a la prisión, porque supongo que ustedes estarán hartos de oír en los debates,(en los que por cierto suelen participar tertulianos que no tienen ni idea de lo que están diciendo), una frase que habrán escuchado muchas veces, que es decir que en España las personas entran por una puerta del juzgado o por la cárcel, y salen

por otra, o sea que no pasa nada. Esto es una mentira de plano. En primer lugar, porque los juzgados nada más que tienen una puerta, o sea que entran por una puerta y si salen, salen por la misma puerta , permítanme la broma, ya que no hay juzgado que tenga dos puertas porque eso ya es un gasto superfluo. Y, en segundo lugar, España tiene ya más de ochenta mil presos. Tenemos cuarenta y cinco millones de habitantes, en Europa hay países rondado los ochenta millones de habitantes y aquí tenemos más presos que nadie. Tenemos una barbaridad de presos, con un inconveniente importante, y es que el preso español es carísimo, porque afortunadamente tiene unas condiciones de vida muy dignas, mucho más que dignas. Esto cuesta dinero y pese a ello, tenemos muchos presos y ello sucede porque no hay medidas alternativas importantes a la prisión y pienso que hay que dar lugar a la oportunidad, al principio de oportunidad del Fiscal, y a la mediación. Es mucho más razonable que en delitos privados o semiprivados se pongan de acuerdo la víctima y el acusado, para que éste último por ejemplo, vaya cuatro días a limpiarle la cocina en su casa, algo más inteligente y mucho más productivo para todo el mundo que mandarlo a prisión, que es lo único que en España de momento sabemos hacer.

Y por último, y ahora sí que barro para casa, y sé que habrá quien se moleste por ello, aunque yo lo digo en público siempre que tengo ocasión, en España no hacen falta más funcionarios de justicia, con los que hay se funciona correctamente, lo que sí es verdad es que están mal ubicados, hay que reubicarlos, hay que cambiarlos de sitio, hay que reordenar las plantillas. Lo que sí es importantísimo es incrementar la plantilla de Fiscales, porque son absolutamente insuficientes para las necesidades delictivas que existen en nuestro país, y por supuesto, y con esto sí que acabo, porque es el colofón de toda esta exposición, lo más importante que existe en España es incrementar el número de jueces. En España hay un juez por cada diez mil habitantes y en Europa, uno por cada cinco mil. ¿Quién está en lo cierto, Europa o nosotros?

Pues decídanlo ustedes. Un juez no se improvisa. Yo les animo a que ustedes se hagan jueces, que preparen las oposiciones, que no son nada fáciles, pero les garantizo que, ahora que no nos oye nadie, tendrían la fortuna de desarrollar la profesión más bonita del mundo. Muchas gracias.

