



UN ESTUDIO SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. UN NUEVO PROCESO PENAL

A STUDY ON THE LAW OF CRIMINAL PROSECUTION'S DRAFT. A NEW CRIMINAL PROCEDURE

Julio Leal Medina *

**Docta Ignorancia Digital, 2013; ISSN 1989 – 9416. Año IV, núm. 4 –
Derecho**

PALABRAS CLAVE: Proceso penal, Ministerio fiscal, investigación criminal, control judicial, investigado, víctima del delito, derecho de defensa, principio de oportunidad.

KEYWORDS: Criminal proceedings, the public prosecutor, criminal investigation, judicial control, investigated, crime's victim, rights to a defense, the discretionary principle.

RESUMEN: La maquinaria legislativa se ha puesto en marcha. Ha llegado el momento de poner fin a la Ley de 1882, que ha dominado la escena del proceso penal en nuestro país durante más de un siglo. El gobierno pretende enviar al Consejo de Ministros un Anteproyecto de Nuevo Proceso Penal, donde cabe destacar que la dirección de la investigación criminal se concede por entero al Ministerio fiscal, en detrimento del Juez de instrucción que deja de acordar las diligencias preparatorias del Juicio oral. El control judicial de la investigación queda reservado al Juez de Garantías, y la apertura del Juicio en manos de un órgano imparcial como es el Juez de la Audiencia Preliminar. Además, se concretan los derechos de las víctimas en el proceso, y se protege la función del derecho de defensa, con el fin de equilibrar a las partes en el procedimiento. En definitiva, un nuevo marco legal que resalte la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado. Una puesta en escena más de acorde con los principios constitucionales y con el sentir de la realidad social española del siglo XXI.

ABSTRACT: The legislative machinery has been launched. The time has come to end the 1882 Act, which has dominated, for over a century, the criminal process' scene in our country. The government intends to submit to the Spanish Cabinet a New Criminal

Procedure's Draft, which stresses that the management of the criminal investigation is given entirely to the public prosecutor, to the detriment of the examining magistrate which stops granting the preparatory proceedings to the oral Judgment. The judicial investigation is reserved to the magistrate responsible for the procedural safeguards. Moreover, the victims' rights are consolidated in the process, and the role of the defense rights is protected, in order to balance the parties in the proceedings. All in all, a new legal framework that emphasizes the jurisdictional role to judge and to execute what has been tried. A staging, more in line with the constitutional principles and the perception of the Spanish social reality, of the XXI century.

I. INTRODUCCIÓN

Es legendaria y lleva entre nosotros mucho tiempo, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico. Hablamos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula el actual proceso penal en España. Aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, y dominada por el instinto de conservación, parece haber resistido el paso del tiempo como si del mejor hierro o metal se preciara. Aunque por antigua no es inservible. Las múltiples modificaciones legales realizadas al albur de la realidad social y las innovaciones tecnológicas, así como las interpretaciones que han venido realizando los Tribunales siguiendo la más reciente jurisprudencia en la materia, han hecho un corpus iuris procesal adaptado al tiempo en que vivimos. Pero ha llegado el momento de su total revisión. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que ahora se presenta, es la alternativa¹. Los cambios en los protocolos y parámetros que rigen las complejas sociedades en que vivimos, requieren un nuevo marco jurídico-procesal con qué hacer frente a los desafíos que traen constantemente la globalización y un mundo sin fronteras. Se podría pensar que la iniciativa legislativa que se pretende llevar al Parlamento, no deja de ser un desideratum. No es descabellado afirmar que la intención latente en todas las reformas legislativas acometidas, era llegar a esta conclusión; a la aprobación de una Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal moderna que viniese a dar cobertura jurídica a los actos que regulan el camino o el procedimiento que ha de seguir el poder público que ostenta el derecho subjetivo al castigo, con el fin de aplicar el ius puniendi del Estado, y concretar o definir los derechos dentro del marco constitucional del sospechoso, investigado o acusado que se quiere garantizar como sujeto sobre el que se dirige la investigación y el enjuiciamiento de un hecho delictivo. Además de tener en

¹ Consulta realizada al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, publicado por el Ministerio de Justicia en la página web, a la espera de su aprobación en el Consejo de Ministros.

consideración a la otra parte protagonista de la ley procesal como es la víctima, con el fin de proteger sus derechos y lograr ese pretendido y ansiado equilibrio o equidad en el que se asienta, al menos teóricamente, la justicia. El Anteproyecto no duda en ello, y sitúa a la víctima dentro del proceso, concretando los derechos que le asisten, algo que la Sociedad venía demandando.

¡Quedan muchas cosas por hacer y que se debieran haber hecho antes: una de ellas es el cambio en nuestro proceso pena! Son palabras que se recogen en el Preámbulo del Anteproyecto de Ley Orgánica de los Derechos Fundamentales, donde queda claro el objetivo y el deseo de reforma que se pretende implantar. Se explica que la actual Ley de 1882 ha salido al paso mediante sucesivas adaptaciones y modificaciones legislativas, ya que desde el ingreso de nuestro país en la Unión Europea, la transformación que ha sufrido el proceso penal ha sido intensa y profunda. Sin embargo, no resulta suficiente, al no encarar de forma decidida la elaboración de un proceso penal moderno que mantuviese estrechamente la relación entre Constitución y procedimiento penal, cuestión ésta que el Anteproyecto aborda definitivamente.

Hasta ahora, se razona, no había un modelo en el Ministerio de Justicia sobre un nuevo proceso penal, solo reformas parciales y material disperso, o alguna propuesta muy puntual, pero nada referido a un tratamiento normativo sistemático y moderno, que fuera capaz de articular una respuesta coherente y unitaria que hiciera frente a la Ley de 1882. Necesaria es por tanto, la aprobación del nuevo proceso penal, pues la ley vigente, confunde, bajo una misma autoridad aunque disgregada en diferentes órganos judiciales, las funciones de investigación y de enjuiciamiento, y mantiene elementos que forman parte del procedimiento penal inquisitivo. Las reformas parciales del proceso penal y la adaptación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, no puede alargarse más². Entregar plenamente

² La actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde la aprobación de la Constitución, ha sido modificada en 43 ocasiones, de las que 27 veces lo han sido por ley orgánica. A modo descriptivo, recogemos algunas de las principales reformas del proceso penal: 1) *Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva*; 2) *la Ley 7/1988, de 28 de diciembre de creación de los Juzgados de lo Penal e introducción del Procedimiento Abreviado en nuestro ordenamiento*, que marcaba un hito al introducir el principio acusatorio en el proceso otorgando a las partes unas facultades en detrimento del principio inquisitivo que venía predominando, evitando la contaminación que pesaba sobre el órgano judicial que instruía la causa pues resultaba ser el mismo que la enjuiciaba; 3) *Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*; 4) *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*; 5) *Ley 14/1999, de 9 de junio, de Protección a las Víctimas de Malos Tratos*; 6) *Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, sobre el Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de determinados*

la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Regular adecuadamente y de forma clara la segunda instancia. Contemplar los derechos de la víctima en el proceso. Incorporar decididamente a la ley el derecho de defensa con el fin de articular un procedimiento penal apoyado en la cultura de la libertad, y otras garantías de vertiente constitucional como establecer un plazo máximo de investigación, entrevista del abogado defensor con su cliente antes de la toma de la declaración policial o judicial, o el enfoque diferente que se pretende otorgar al Juicio oral en el nuevo proceso, son alguna de las novedades que presenta el Anteproyecto.

El Nuevo Proceso Penal que se trata de implantar, se articula sobre dos anteproyectos³. Uno, donde se proyectan los derechos fundamentales y las garantías que se dan cita en el ámbito procesal. Y otro, que es el que vamos a ver con este

delitos y faltas; 7) Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega; 8) Ley 7/2003, de 30 de junio, de Medidas para la reforma del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas a fin de dotar a la administración penitenciaria de un método eficaz de ejecución de las sentencias; 9) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que dotó de mayores garantías la Identificación de los Marcadores de ADN; 10) Ley 13/2009, de 3 de noviembre, para la implantación de la Nueva Oficina Judicial y la correlativa distribución de competencias entre Jueces y Secretarios judiciales, otorgando mayores funciones a éste.

³ Junto al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contiene en esencia las normas del Procedimiento, se regula, en un Anteproyecto independiente, bajo la forma de Ley Orgánica, el desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal. Las razones de este Anteproyecto, que opera a modo de un Título Preliminar donde se recogen los principios generales que inspiran y modulan el Nuevo Proceso, hay que buscarlas en la necesidad de diferenciar pedagógicamente, en dos leyes separadas, la materia que corresponde a los derechos fundamentales y a las garantías jurídicas que se proyectan en el proceso penal pues entran dentro del contenido esencial del art.81.1 CE, es decir, que es materia de Ley Orgánica, y aquellos otros, que bien pueden estar en conexión con derechos fundamentales, pero que únicamente regulan su ejercicio, adquiriendo la forma de Ley Ordinaria, que es donde se ubica la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. El contenido de este Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales, se formula sobre tres Títulos y dieciséis artículos. *El Título primero*, vinculado a los derechos sustantivos individuales contemplados en los arts.15 a 18 CE, que funcionan a modo de garantías jurídicas que han de ser observadas y respetadas en el proceso penal, al constituir una injerencia del poder público en la esfera del estatuto jurídico más esencial de la persona, razón por la que cuando la investigación entra de lleno en ellos, se exige autorización judicial. Derechos integrados dentro del art.17.1 CE, donde se incluyen los que asisten a la persona detenida, las medidas privativas de libertad como la prisión provisional o el internamiento en Centro sanitario, o restrictivas como la prohibición de residir o de aproximarse a un lugar determinado, son parte de ellos. Al igual que lo son el derecho a la integridad física del art.15 y los comprendidos dentro del art.18 CE, como el secreto de las comunicaciones, la protección del domicilio, o la intimidad personal. *El Título II*, se reserva a los pilares que sustentan el proceso penal y que aparecen reflejados en el art.24 CE. Presunción de inocencia. Derecho de defensa y secreto profesional. Derecho a conocer la acusación, a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, a no poder ser castigados dos veces sobre el mismo hecho (non bis in idem), junto con el derecho a la doble instancia, o la prohibición de la reformatio in pejus, se integran dentro de este apartado. *Y el Título tercero*, se refiere a aquellas instituciones procesales que afectan al régimen de la pena. Son la conformidad y la mediación, dos figuras que tiene importantes consecuencias penológicas al obtener beneficios la persona que se acoge a ellas.

trabajo, que es propiamente la Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que se diseña. Con el objetivo puesto en el estudio del Procedimiento Penal, pretendemos saber las razones de fondo que impulsan la elaboración de este Anteproyecto, a la vez que destacar, como la novedad más importante, el protagonismo que adquiere el Ministerio Fiscal como director de la investigación criminal, cuya nueva estructura procesal supone una modificación sustancial del actual sistema de trabajo que está presente en la justicia penal española. Consecuencia de ello es que el Juez de Instrucción, que ha venido estableciendo el control judicial en la materia, queda apartado de la labor de indagación y recepción de las pesquisas penales, y pasa transformarse en el Juez de Garantías, que será el competente para autorizar las diligencias de investigación más relevantes como son las que afectan a derechos fundamentales, además de supervisar la aplicación de las figuras jurídico-procesales que experimentan un mayor auge dentro del principio de oportunidad como son la conformidad y la mediación penal.

Y concluiremos el trabajo con un cuadro sinóptico, o a una lista esquemática con las novedades que entendemos son las más interesantes que presenta el Anteproyecto. Sin duda, somos conscientes de que también dejamos materias que resultan esenciales conocer, pero que nos resulta imposible encarar por problemas de espacio obvios.

II. RAZONES PARA LA ELABORACION DE UN NUEVO PROCESO PENAL Y SUS CARACTERÍSTICAS

Diversos pueden ser los argumentos por los que ahora se pretende aprobar una Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal donde se regulen los derechos, obligaciones y cargas de las partes que participan en el proceso penal, junto a la protección de las garantías jurídicas que tiene los investigados o imputados cuando quedan sometidos a la investigación criminal del Ministerio Fiscal. Desde la necesidad de evitar que se siga revisando una ley antigua como es la actual ley de 1882 de Enjuiciamiento Criminal, hasta la necesidad de dotar de una segunda instancia a nuestro ordenamiento procesal penal de la que en puridad se carece, así como cuestiones de índole racional formalista como pudiera ser que el hecho de que no se asuma; sobre todo a nivel internacional, que sea un Juez el instructor de una causa penal, cuya función primordial consiste en la persecución del delincuente, una vez que

se tiene conocimiento de la existencia de un hecho punible, y que a su vez sea ese mismo Juez el que tenga la obligación de garantizar los derechos del sujeto investigado contra el que se pretende formular los cargos de acusación, o contra el que se está buscando diligencias probatorias preparatorias del Juicio oral. Es decir, que el formalismo jurídico exige, no solo que no se confundan ambas funciones como son la de instruir una causa con el fin de dirigir la acusación contra un sujeto imputado, y la de proteger a la par los derechos de esa misma persona imputada (cuestión de fondo o de facto), sino que formalmente tampoco aparezcan confundidas (cuestión de forma o legal). De tal manera, que se puede defender, como una causa de peso que justifique la creación de una moderna Ley de Enjuiciamiento Criminal, **el hecho de atribuir la dirección del proceso de investigación penal a un órgano constitucional como es el Ministerio fiscal (art.124 CE)**, absorbiendo dicho órgano la función del actual Juez de Instrucción, el cual pasaría a constituirse como Juez de Garantías ocupándose con plena libertad y sin contaminación, como recoge el Anteproyecto, de la salvaguarda de las garantías del justiciable o investigado.

Sin embargo, existen también otras determinantes razones de política criminal que están detrás de la pretendida reforma. Una de ellas está fundada en la **necesaria cooperación procesal internacional**⁴. Cuando los fiscales españoles acuden a los simposiums y conferencias donde se reúnen con colegas de otros países, con el fin de analizar la delincuencia internacional y establecer mecanismos y protocolos de asistencia buscando la efectividad en la lucha contra la criminalidad transfronteriza, parece que no se entiende bien, incluso les resulta sorprendente, que la investigación criminal en nuestro país pueda llevarla un juez en el que por su propio estatus jurídico

⁴ CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON: “Una ley procesal para este mundo”. En el País digital. Edición Impresa. Miércoles de 27 de julio de 2011. Sección Tribuna, pone de manifiesto, cómo en la IV Cumbre Mundial de los Fiscales Generales organizada por Naciones Unidas en Seúl (Corea), se ahondó en la necesidad, como objetivo esencial e inaplazable en que coinciden todos los representantes, de la progresiva integración y el refuerzo de la cooperación entre los distintos sistemas jurídicos. Según destaca del autor, de todos los intervinientes, sólo el de España, tiene un sistema procesal diferente que no encaja, y que no dispone de referencias homologables que faciliten el esfuerzo compartido. La cooperación jurídica internacional depende de la existencia de órganos e instrumentos capaces de reconocerse y coordinarse directa y horizontalmente, de Estado a Estado, para hacer más ágil la colaboración y no tropezar a cada paso con el obstáculo de nuestras propias diferencias en la persecución transfronteriza del delincuente. Y ahí, en este contexto, prosigue el autor, el vetusto modelo español fruto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, hace 129 años, no cuadra en esos parámetros, porque a pesar de los parches realizados y del buen hacer de jueces, fiscales y demás profesionales del derecho, lo que sin duda ha mejorado y acoplado la ley a la realidad circundante, nos encontramos con un ordenamiento que nada tiene que ver con el mundo que actualmente conocemos y que habitamos los españoles de esta segunda década del presente siglo XXI.

debe actuar desde la imparcialidad e independencia y no sea un órgano ajeno a la estructura, funciones y organigrama de la magistratura, como por ejemplo el Ministerio fiscal, como acusador público de parte que es y dependiente del gobierno, el que la realice. Como los países del norte de Europa, donde el fiscal se asemeja más a un superpolicía que dirige la acusación contra una persona, asumiendo la iniciativa de todas las diligencias ordenadas al objetivo de buscar indicios y pruebas, tanto de la existencia de un delito, como de la participación de un sujeto en él. Así pues, esa necesidad de coordinación y colaboración entre países de nuestro entorno cultural más inmediato, es también una buena razón para que se potencie y se impulse decididamente un Nuevo Proceso Penal, donde la investigación criminal se revierta en su totalidad en la figura del Fiscal, dejando a los órganos jurisdiccionales en la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, que es en puridad lo que les corresponde según el art.117.3 CE. Otras de las razones que está íntimamente conectada con la anterior, estaría enfocada a la ***necesidad de adaptación y armonización de nuestras leyes procesales con las legislaciones europeas y occidentales de nuestro entorno más cercano y próximo*** que colaboran en la lucha contra la criminalidad individual y organizada, donde resulta fundamental que la instrucción penal la ordene el Ministerio fiscal. Una Europa más unidad e integrada requiere de normas y legislaciones similares en lo esencial, pues no se comprende bien, por mucho que se explique que es una especialidad arraigada en el proceso penal español, que sea un Juez quien tenga asignada la investigación del proceso penal, y por tanto, pueda entrometerse en actividades de parte más propias de la acusación, que empeñarse decididamente en la valoración de la conducta delictiva para ser llevada a enjuiciamiento según la norma penal. Como se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, según STC 162/1999, de 27 de septiembre: *“El Juez tiene la obligación de ser ajeno al litigio, y por tanto, no debe jugarse nada en él. No puede ser juez y parte, ni tampoco juez de la propia causa. Es decir, que ha de verse por los actores del proceso, como un tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan. Esto nos lleva a dos reglas: Una, que el Juez no puede asumir funciones de parte, y otra, que el Juez no puede realizar ni actos, ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en su contra”*.

Es pues un hecho que todas las carteras de Justicia, han intentado reformas totales orientadas a la creación de un nuevo proceso penal. Además de ser una demanda reiterada como así se quedó plasmada en el Pacto de Estado para la

Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, hace ahora más de 12 años. Que sea ahora, en el año 2013, y no en otra fecha, cuando se pretende proyectar una Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin duda, tiene relación con la necesidad de armonizar la legislación europea en un momento donde los pasos hacia una mayor integración entre los países de la Unión, y no sólo política o económica, sino también jurídica, son más exigentes que nunca. **La unificación legislativa requiere la uniformidad penal**, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Y el hecho de atribuir la investigación judicial al Ministerio fiscal, sirve de instrumento al legislador en la búsqueda de los fines de cooperación, armonización y unificación jurídica de los que venimos hablando, dotando de legitimidad suficiente al Anteproyecto para su aprobación en forma de Ley.

Pero no seríamos justos, si nos quedásemos en el simple dato de decir que la actual normativa procesal es decimonónica, pues daríamos la impresión de que estamos ante una arcaica piedra inamovible que ha resistido sin inmutarse el transcurso del tiempo. Y eso no es cierto. La actual normativa de 1882, es una reglamentación avanzada, que se ha ido adaptando a los avatares de la sociedad española y de una pujante realidad social. Las modernas formas de delincuencia que van aflorando en un país como España, con conexiones y ramificaciones procedentes de diferentes pueblos y culturas, que constituye un núcleo o entramado geofísico o geoestratégico al ser puente para Europa, Africa y América, la hace importante y un atractivo para el tráfico de estupefacientes, y para las operaciones a gran escala donde actúan las organizaciones y grupos criminales. No hubiera podido resistir la presión que genera las variadas y sofisticadas formas de criminalidad, sino fuera por la reinterpretación constante de sus disposiciones que hace la jurisprudencia. Razón por la que en el día a día de los casos y asuntos que va conociendo, la labor de remiendo y parcheo para mantener la unión y la coherencia de la Ley actual, con el fin de dar cobertura jurídico-procesal a esa cambiante realidad criminal que se impone, ha sido un éxito. Así, la vigente Ley de Enjuiciamiento, lejos de ser una normativa desarticulada, siendo del siglo XIX, con su más de ciento treinta años de vigencia, no es una norma descontextualizada que viva de espaldas a la realidad. Hasta ahora, ha servido de muro de contención a la delincuencia individual y colectiva, a la vez, que ha dispuesto de los mecanismos para proteger los derechos fundamentales de los sujetos imputados en un proceso penal. Lejos de parecer arcaica y obsoleta, ha permitido consolidar el equilibrio entre la libertad y seguridad, o lo que es lo mismo, entre individuo y sociedad, constituyéndose hoy en día, pese a la necesidad de su modificación, en una norma a la altura de los tiempos.

Otra de las razones que inspiran la transformación y el cambio procesal, hay que buscarla en la deseada *modernización de la justicia criminal*. Pese a las bonanzas de la Ley actual, es cierto, que el anclaje que tiene que soportar, con continuas modificaciones y leyes nuevas, hace que sus estructuras no soporten ni aguanten ya más el peso legislativo. En cualquier caso, la reforma era necesaria, y esa necesidad ha debido de cubrirse antes. Indudablemente la ausencia de consensos entre las fuerzas políticas que sólo ven y quieren resultados electorales inmediatos, ha podido ser una razón para el retraso. Ensimismadas en sus intereses de partido, donde muchas veces no coinciden con los intereses públicos, las fuerzas políticas tienen parte de culpa de esta demora. Aunque hay otras. Sin duda, la endogamia de los grupos profesionales que se resisten al cambio, ha podido constituir otro motivo para ello.

Por último, esta propuesta presenta las siguientes *características*. En su confección y elaboración el Anteproyecto *no es original*. A la sazón, el actual Partido en el Gobierno, que es su precursor, retoma la anterior propuesta que fue elaborada por el Sr. Caamaño, Ministro de Justicia del pasado ejecutivo en el Poder. Aunque en lo esencial *resulta novedosa* pues modifica el organigrama del proceso penal de forma sustancial, ya que no sólo atribuye la dirección de la investigación criminal al Ministerio fiscal, sino que además crea el Juez de Garantías y el Juez de la Audiencia Previa como órganos jurisdiccionales que garantizan la imparcialidad y el control judicial sobre la investigación. De *carácter progresista y liberal*, al seguir los postulados que establece la Constitución de 1978, retomando el modelo que promoviera en sus inicios la Ley de 1882 favorable a la introducción del principio acusatorio, donde predominase el equilibrio entre el deber del Estado de esclarecer el delito y la adecuada tutela de los derechos individuales, lo que de suyo es parte del concepto de jurisdicción. Que la investigación tenga un plazo perentorio de conclusión, con tiempo limitado y tasado, afirma el postulado constitucional favorable a la libertad. De carácter *racional y avanzado*, pues trata de ponerse a la altura de las legislaciones europeas y occidentales más modernas. Y asentada en la *realidad social y científica*. Aunque gran parte de las figuras que se atribuyen a la innovación, ya están presentes en la doctrina jurisprudencial, al igual que en normas como la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, legislación, que sin duda, sirve de modelo al Anteproyecto tanto en su espíritu como en muchas de sus formulaciones.

III. EL MINISTERIO FISCAL COMO MÁXIMO PROTAGONISTA DEL NUEVO PROCESO PENAL

En nuestro ordenamiento jurídico, son diversos los actores que participan en la investigación criminal. Por un lado está el Juez de Instrucción que es el director de la investigación. Por otro el Ministerio fiscal, que principalmente ejerce la acusación pública ante el Tribunal enjuiciador, y por último, tenemos la Policía judicial, quien tiene esencialmente la obligación averiguar el delito, identificar y perseguir al delincuente, y asegurarlo cuando proceda, elaborando el pertinente atestado o informe que deberá elevar al Juez de Instrucción y dará una copia al Ministerio fiscal⁵. Pues bien esta escenificación y reparto de papeles entre los protagonistas públicos del proceso penal español, desaparece con la moderna Ley de Enjuiciamiento Criminal que se pretende aprobar en el Consejo de Ministros para su posterior debate parlamentario. Por tanto, en el futuro Proceso, una de las más importantes novedades que se presenta, es que toda la dirección de la investigación penal va a recaer en el Ministerio fiscal, a cuyo servicio y directrices se encuentra la Policía judicial⁶. El Juez

⁵ El art.284 LECRIM, en el procedimiento por sumario, establece la obligación que tiene la Policía Judicial de dar cuenta al Ministerio fiscal sobre las diligencias realizadas en relación con el delito. De igual forma, el art.772.1 LECRIM, en el procedimiento abreviado, recoge que será la Policía quien extenderá el atestado de acuerdo con las generales de la Ley y lo entregará al Juzgado competente, poniendo a disposición a los detenidos si los hubiere, remitiendo una copia al Ministerio Fiscal.

⁶ A la Policía Judicial en el art.126 de la Constitución, se le encomienda las funciones de averiguar la existencia del delito, así como la de perseguir y asegurar al delincuente, poniéndolo a disposición judicial en el plazo máximo de 72 horas (art.17.2 CE). Junto a estas, la Policía tiene encomendadas las funciones que se recogen en el art.104 CE, como las de proteger los derechos y libertades fundamentales de todos y actuar para prevenir el crimen. La actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, siguiendo ese mandato constitucional en las labores de represión y prevención, atribuye a la Policía judicial un cuadro de actividades dentro del proceso penal. Así, *el art.282 LECRIM*, establece que podrá hacer actuaciones a prevención, y elaborar las primeras diligencias con el fin de recoger, analizar y custodiar las piezas de convicción y los medios de prueba cuya urgencia no permita más demora para la buena marcha de la investigación. Pero el legislador, conocedor de la importancia de su actividad, ha ido otorgando más competencias a la Policía Judicial en el seno de los diferentes procedimientos penales que existen en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de aumentar el protagonismo en la investigación criminal. Así, y dentro del procedimiento sumarial, en *los artículos 287 a 291 LECRIM*, la Policía podrá recibir órdenes por parte del Ministerio fiscal o del Juez instructor con el fin de realizar determinadas diligencias en la investigación del delito, y cuando obre por su propia autoridad, deberá dar cuenta de sus indagaciones a dichas autoridades en la elaboración del atestado policial. También y dentro del procedimiento abreviado, en *los arts. 769 a 771 LECRIM*, para penas de prisión menores de 9 años, se amplían las competencias a la Policía Judicial, pudiendo informar a la víctima de los derechos que le asisten, como el de mostrarse parte en el proceso y reclamar los daños ocasionados, pudiendo ejercitar las acciones civiles y penales que estime pertinentes al margen de la acción penal ejercitada por el Ministerio público. A la vez que se le encomienda la obligación de

de instrucción pasa a denominarse Juez de Garantías y deja de acordar las diligencias orientadas a confeccionar las pruebas contra un sujeto sospechoso determinado, correspondiendo al Ministerio fiscal dicha función, que pasa a ser el verdadero promotor de la investigación, aunque será controlado por el Juez⁷. Ahora bien, este deseo del legislador no es novedoso, pues el fiscal ya viene siendo el órgano que instruye las causas en los procedimientos seguidos contra el menor de edad que comete delito; así se recoge en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores⁸. Es manifiesto, por tanto, que la Comisión de expertos que ha confeccionado el Anteproyecto de Nuevo Proceso Penal para su presentación al Ministro de Justicia, ha podido contar con un importante antecedente y la experiencia positiva a la hora de destacar la figura del fiscal instructor como un baluarte esencial de la reforma procesal.

informar al detenido o imputado de sus derechos como el de nombrar a un abogado de su confianza que le asista en las declaraciones policiales y judiciales, o en caso contrario, notificar al Colegio de Abogados correspondiente para que le nombren uno de oficio. De igual forma, dará cuenta al Juez, a través del pertinente atestado, de las averiguaciones hechas sobre el delito e identificación del delincuente. En el llamado juicio rápido, introducido en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, a la Policía Judicial, *el art.796 LECRIM*, le asigna las funciones de notificar y realizar las citaciones correspondientes para que se personen ante el Juez de Guardia tanto el acusado como los testigos, o la Fuerza actuante si hubiera participado en la persecución del detenido dentro de la comisión de un delito in fraganti, o de llamar al médico para que atienda a los heridos y lesionados por la acción criminal, y más en particular, en los delitos contra la violencia doméstica. De igual forma, ha de proceder la Policía judicial cuando nos encontremos ante el Juicio de faltas del *art.962.3 LECRIM*. La Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de 1986, y el Real Decreto de 19 de junio de 1989, que recoge las competencias de la Policía Judicial, conforman el marco de actuaciones donde desarrollan su actividad. Junto a ello, el Anteproyecto de Nuevo Proceso Penal le reserva expresamente aquellas funciones que el Ministerio fiscal, como órgano instructor de la investigación criminal le encomiende de forma concreta, y otras que emanarán de su propia autoridad, y que deberán estar coordinadas con las actuaciones y diligencias que aquél le ordene (arts. 435 a 455 ANPP).

⁷ Actualmente, la iniciativa para la investigación criminal parte del Juez instructor quien por sí mismo, o comisionando a la Policía Judicial, acuerda determinadas diligencias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, procediendo a posteriori a dar cuenta de lo actuado al Ministerio Fiscal tanto de su incoación como de los hechos delictivos que la determinen (art.777.1 LECRIM).

⁸ El art.6 de dicha Ley, establece que corresponde al Ministerio fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las Leyes y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará a la Policía judicial que practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos, y de la participación del menor en los mismos. Además, en el art.16 del mismo texto, nos indica que corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refieren esta Ley en su art.1, y en tal sentido, quien tuviere noticia de un hecho presuntamente delictivo, cometido por un menor de 18 años, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, custodiando las piezas de convicción, los documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicando, en su caso, las diligencias que estime pertinente para la comprobación de los hechos, y la responsabilidad del menor en su comisión.

La Constitución española, asigna al Ministerio fiscal diversas funciones bajo los principios que aparecen recogidos en el art.124 CE, que es donde se ubican los parámetros legales en que se sirve para desarrollar su actividad⁹. Aunque de forma particular, es en el Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, y modificado por la importante Ley Orgánica 24/2007, de 9 de octubre, que amplió considerablemente sus competencias, donde se concentran las materias penales actuales sobre las que ejerce su cometido¹⁰. Al socaire de las diversas modificaciones legislativas, el Ministerio fiscal ha venido asumiendo más facultades y cometidos en la fase de la instrucción penal, transfiriéndole funciones que eran tradicionalmente propias de los Jueces de instrucción, pudiendo llegar a recibir denuncias¹¹, así como tomar declaración al imputado al igual que a los testigos, u ordenar a la Policía judicial la realización de diversas actuaciones indagatorias sobre los hechos¹², incluso la detención del sospechoso (art.5 EOMF). No obstante, y pese a ese incremento en las funciones de investigación adquiridas por el fiscal, lo cierto, es que la obligación que tiene de dar conocimiento inmediato al Juez instructor tanto de la denuncia que se presentó como de las diligencias realizadas para su impulso procesal, nos descubre y revela que es el órgano jurisdiccional el auténtico director de la

⁹ El art.124 CE, establece que el Ministerio fiscal, tiene como funciones primordiales la 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 instancia de parte, así como velar por la independencia judicial y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Ejercerá sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y con sujeción a los de imparcialidad y legalidad.

¹⁰ El art.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificado por Ley 24/2007, de 9 de octubre, *recoge en materia estrictamente penal*, las atribuciones siguientes: a) Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas; b) Intervenir en el proceso penal instando la adopción de medidas cautelares; c) La práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos; d) Instruir directamente el procedimiento en el ámbito de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores; e) Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de los testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

¹¹ El art. 262 LECRIM, dice que los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción...). De igual forma la posibilidad de recibir denuncias se recoge en el art.5.1 de su Estatuto Orgánico.

¹² El art.773.2 LECRIM, recoge que cuando el Ministerio fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará el mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo.

investigación criminal en España, lo que hace del fiscal, en la práctica, una figura decorativa en cuanto a ordenar y supervisar la actual investigación criminal como ahora se pretende conceder. Y aunque cada vez está más coordinado con la Policía judicial en la elaboración de las pesquisas penales, así como en la práctica de determinadas actuaciones orientadas a la investigación del hecho, o en el cometido de la búsqueda, persecución y aseguramiento del delincuente, con el fin de ponerlo a disposición de la justicia (art.103 y 126 CE), lo cierto es que dichas actuaciones quedan bajo la autoridad del Juez instructor¹³. Es por ello, que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitirá que el fiscal pueda seguir con las mismas competencias que al momento presente tiene asumidas, y las que de suyo, le encomienda o le reserva la futura normativa procesal, en el sentido de dirigir y supervisar la investigación criminal en nuestro territorio.

Con el Anteproyecto la investigación comienza por el Fiscal, que deberá hacerlo mediante *decreto (art.457 ANPP)*, desapareciendo la tradicional figura de la querrela por la que viene ejercitando las acciones penales (art.271 LECRIM). Y *podrá realizar sin necesidad de contar con juez alguno*, las diligencias de investigación que sean necesarias en el objetivo de comprobar, tras la denuncia o el atestado, la existencia de delito y las personas responsables del mismo, pudiendo para ello *ordenar a la Policía judicial la detención del sospechoso¹⁴, si entiende que hay motivo para ello, y tomarle declaración cuantas veces estime oportuno en relación con los hechos¹⁵, así como a los testigos si los hubiere. También podrá ordenar la realización de la autopsia del cadáver, formar la rueda de reconocimiento para la identificación del sospechoso, obtener muestras de ADN, acordar pruebas periciales psiquiátricas, psicológicas, o informes técnicos policiales como los de balística siempre que sean pertinentes al caso. Además de las facultades clásicas de solicitar la aplicación de*

¹³ El art.306 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección del Fiscal del Tribunal competente. De igual forma el art.303.

¹⁴ El art.168 del Anteproyecto, recoge que durante la investigación el Fiscal acordará, mediante decreto, la detención en los supuestos de los números 1 y 2 del art.165 de esta Ley. La detención se practicará por la Policía Judicial que se limitará a cumplir estrictamente la resolución del Fiscal. El decreto acordando la detención se notificará al detenido entregándole una copia. El Fiscal en el plazo de 48 horas, desde la privación de libertad del detenido, deberá acordar su libertad o ponerlo a disposición judicial.

¹⁵ El actual art.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, le otorga la facultad de recibir y tomar declaración al sospechoso, quien asistido de letrado, podrá tomar conocimiento de las diligencias practicadas.

alguna medida cautelar ante el Juez de Garantías, o de recibir las denuncias y querellas con relevancia penal contra personas determinadas. No obstante y siempre que estemos ante diligencias que afecten a los derechos fundamentales del investigado, como los recogidos en el art.18 de la Constitución, el Anteproyecto obliga al fiscal a pedir la aprobación del Juez de Garantías, pues tales casos, como la intervención de las comunicaciones, inspección del correo electrónico, o la entrada y registro en el domicilio, pertenecen a los aspectos más internos y personales del ser humano, además de que pueden revelar elementos incriminatorios de peso en la investigación, razón por la que únicamente es posible acordarlos con la pertinente autorización judicial. Incluso acordar aquellas diligencias que se estime favorables al imputado¹⁶, pues no podemos olvidar, que el Ministerio fiscal actúa dogmáticamente desde la imparcialidad en el cargo, lo que se concreta en que si del material probatorio analizado en la investigación, no es posible determinar ni el delito, ni la persona o personas responsables de la actividad criminal, entonces, deberá proceder a archivar el expediente abierto¹⁷. El Anteproyecto, como novedad importante, fija el plazo máximo de duración de la investigación en 12 meses¹⁸, período de tiempo donde, salvo prórroga motivada, las pesquisas criminales deberán estar concluidas. De esta forma, se pretende poner fin a la llamada “pena de banquillo”, con indagaciones abiertas y eternas que se alargan en el tiempo, en donde los derechos del investigado han podido quedar gravemente perjudicados. Y así, una vez que el Fiscal considere

¹⁶ El art.773.1 LECRIM, recoge que el Ministerio Fiscal velará por el respeto de las garantías procesales del imputado.

¹⁷ El actual art.773.2 LECRIM, ya recoge que el Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiera alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En caso contrario, instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

¹⁸ El artículo 481 del Anteproyecto fija el plazo de 12 meses, contados desde la fecha de la primera comparecencia de la persona investigada, como tiempo suficiente para que el Ministerio fiscal determine si existe prueba o no contra el inculpado, y si hay motivo para acudir al Juez de la Audiencia Preliminar para ejercer la acción penal a través del escrito de acusación. Si el caso es competencia de la Audiencia Nacional, o de las Fiscalías especiales, pues el plazo de duración de la investigación podrá llegar hasta los 18 meses. En ambos casos, el plazo podrá ser prorrogado cuando el Juez lo autorice expresamente previa audiencia de las partes (art.482 ANPP). Este plazo máximo de duración de la investigación está en consonancia con el principio de mínima intervención que se predica del derecho penal, que impide que se pueda mantener de forma indefinida, o con un carácter meramente prospectivo una causa abierta, con la finalidad de haber qué encontramos investigando sin haber nada previamente con lo que empezar, ya que la investigación para que de comienzo, exige, o debe contener unos datos mínimos en qué ampararse como pueden ser unos indicios de criminalidad, o que los hechos revistan una apariencia delictiva, es decir, algo sólido y tangible con qué iniciar la instrucción penal en la búsqueda de la verdad material.

que hay hecho delictivo y tenemos un sospechoso contra quien dirigir la acción penal, pues se deberá interponer el correspondiente escrito de acusación, solicitando ante el Juez de la Audiencia Preliminar; un juez distinto del Juez de Garantías creado ad hoc por el Anteproyecto para la pervivencia de la imparcialidad judicial, el denominado *Juicio de acusación*, para debatir, si hay elementos incriminatorios y pruebas suficientes contra el investigado como para acodar la apertura del Juicio oral, que es el lugar por excelencia donde se constituye el verdadero juicio y proceso, pues todas las diligencias de investigación hechas hasta ahora por el fiscal, no tendrán, por lo general, valor probatorio alguno como así declara el artículo 127 del Anteproyecto, empezándose desde cero en la Vista pública ante el Tribunal sentenciador.

El apoyo y protección a las víctimas, en coordinación con la Policía judicial, es también otras de las principales funciones atribuidas al Ministerio fiscal que se recoge en el Anteproyecto. La necesidad de su asistencia, *adoptando todas las medidas necesarias para el amparo y tutela de sus derechos, así como de los perjudicados por el delito*, ya aparece contemplada expresamente en el actual art.773.1 LECRIM. Ahora, con el Anteproyecto esta atención a la víctima es más completa, teniendo acceso a una información más exhaustiva y detallada de sus derechos dentro del proceso penal.

IV. CONTROL JUDICIAL

El Anteproyecto establece la creación de dos órganos diferentes sobre el que pivota el Nuevo Proceso Penal. *Uno es el Juez de Garantías* que actúa de manera paralela a la investigación que realiza el fiscal. *Y otro es el Juez de la Audiencia Preliminar* como órgano ajeno a la investigación y que no ha participado en ninguna actividad de la imputación penal. Su labor consiste en estudiar si la acusación presentada por el Fiscal contiene los requisitos esenciales y las pruebas incriminatorias de cargo suficientes para abrir el Juicio oral y poder llegar a destruir la presunción de inocencia del acusado¹⁹. Por último, tenemos *el Juez o Tribunal*

¹⁹ Además de las posibilidades que tiene el Fiscal de archivar el procedimiento como ya hemos visto, o de hacerlo el Juez de Garantías, ahora, en la llamada fase intermedia del proceso penal, el artículo 529.1 del Anteproyecto, permite, **que sea el Juez de la Audiencia Preliminar quién acuerde el sobreseimiento libre del caso** cuando existan alguno de los siguientes motivos: a) Por inexistencia del hecho; b) Por no ser el hecho investigado constitutivo de delito; c) Por la existencia de cosa juzgada; d) Por concurrir la prescripción de la infracción; o e) Por estar las personas exentas de responsabilidad criminal. Pero también procede el

sentenciador, que en puridad no es un órgano nuevo sino que mantiene las mismas funciones que tiene asignadas actualmente en la Ley, y que se concretan en valorar, si la conducta objeto de acusación es delictiva, si es culpable su autor, y si por ello, se le impone una pena como responsable de la infracción cometida. Frente a estos tres órganos judiciales se encuentra el acusador público asignado al caso, que pasa a ser la autoridad de la investigación criminal, a cuyo cargo el Anteproyecto crea la *figura del fiscal responsable de la investigación* (art.64 ANNP) con el fin de que actúe libremente y con objetividad sobre el asunto que ha sido designado. El control de legalidad de las diligencias de investigación adoptadas por el fiscal recae en la figura del Juez de Garantías; un observador imparcial o un tercero ajeno a la instrucción en curso, que será quien compruebe si las actuaciones realizadas por el fiscal, están en consonancia con lo establecido legal y constitucionalmente, así como de resolver los conflictos que se generen en el curso de la investigación. El fundamento de este control está en el propio concepto de jurisdicción del que dimana ese pretendido equilibrio en que consiste la justicia. En realidad cuando el art.24.2 CE habla de proceso está haciendo referencia a la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, dejando a un lado otras actividades como investigar el hecho delictivo. Por tanto, la idea de proceso y jurisdicción no puede desconectarse de las funciones que corresponden por mandato constitucional a los órganos judiciales. Así el *Auto del Tribunal Constitucional 505/2005, de 13 de diciembre*, establece que el concepto de proceso es inherente a la satisfacción de intereses y el enfrentamiento entre las partes, cuestionando que sean actividades del proceso la función jurisdiccional del Registro Civil, incluso la del Juzgado de Menores, al tratarse de procedimientos, como éste último, donde predomina su finalidad de carácter educativa y cautelar, aunque si bien es cierto que sus decisiones se acuerdan en el curso de la potestad jurisdiccional o en función de una actuación judicial. La materia también fue suscitada en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo*, que resolvió diversas cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la intervención del Juez de Instrucción destinada a garantizar la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución forzosa de la

sobreseimiento por otros motivos como por ejemplo: 1) Cuando valorando los medios de prueba que posee la parte acusadora; ya sea el Ministerio fiscal o la acusación particular, resulta que es manifiestamente imposible que su acción prospere (art.530.1); 2) Cuando la prueba que presenta la acusación está fundada únicamente en la declaración de un coacusado o coimputado; un testigo de referencia, o en la identificación visual como es el caso de la rueda de reconocimiento sin la existencia de elementos suficientes de corroboración que la complementen o completen (art.530.2); 3) Cuando haya un perjuicio irreparable para la defensa por haberse retrasado indebidamente la celebración de la primera comparecencia (art.529.2 b) o; 4) Cuando no se ejerza la acción penal por parte del Ministerio fiscal, o por la acusación particular en los delitos que tutelan bienes individuales (art.529.3).

Administración, por lo que en puridad, no estamos ante un verdadero proceso sino ante una actuación judicial en garantía de un derecho fundamental que se inserta en el seno de un procedimiento administrativo²⁰. El Anteproyecto trata así de poner fin al conflicto entre Jueces y Fiscales por las competencias de investigación judicial, y dar entrada a los verdaderos protagonistas del proceso penal como son los ciudadanos²¹, ya sean cuando son investigados por la comisión de un ilícito penal, o ya sean cuando son ofendidos y perjudicados por el delito. Así el Juez deja de tener el monopolio de la instrucción penal, y se puede dedicar a realizar las actividades que la Constitución le reserva expresamente. Se trata pues de que el Fiscal investigue bajo la autoridad del Juez.

Por tanto, ***el fiscal investiga pero necesita el concurso y la aprobación del Juez de Garantías para practicar las siguientes diligencias.***

A) *Que afectan al derecho a la integridad corporal del art. 15 CE o a la intimidad personal del art. 18.1 de la Constitución:*

a) *La intervención corporal grave (art.259 ANPP)²².*

²⁰ Como señala NOGUEIRA GANDÁSEGUI: “Publicidad versus secreto en el proceso penal”. El Notario. Revista del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-Octubre, de 2011, número 39, pág. 35, siguiendo la opinión de SERRA DOMÍNGUEZ, de que la instrucción, en realidad, no es un proceso jurisdiccional, sino un proceso de investigación. En tal sentido, cuando el art.24.2 CE habla de proceso equivale a juicio, es decir, a proceso jurisdiccional, por lo que el sumario, continúa diciendo SERRA, no constituye propiamente un proceso, sino más bien una actuación preparatoria del proceso, una investigación encaminada a descubrir si es o no posible iniciar el proceso.

²¹ JAVIER CASQUEIRO Y FERNANDO GAREA: “Acabó la guerra entre jueces y fiscales”. Entrevista realizada a Francisco Caamaño, Ministro de Justicia que sentó las bases del actual Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. El País On line, del 24 de julio de 2011. Sección Política.

²² La STC 207/1996, de 16 de diciembre, vino a clasificar las intervenciones corporales en graves y leves. El art.259 ANPP, siguiendo la doctrina constitucional entiende por intervención corporal grave aquellas actuaciones que tienen por objeto la extracción de sustancias o elementos que debe de obtenerse de las zonas íntimas o del interior del cuerpo del afectado (sangre, orina, biopsias o la exposición a radiaciones como los rayos X), y en todo caso, cuando para recogerlos sea necesario ocasionarle un dolor o sufrimiento, administrarle una anestesia o someterle a sedación, requerirá autorización del Juez de Garantías siempre que el afectado no preste su consentimiento. Dicha intervención se practicará por personal sanitario cualificado, en clínica médico forense, o en centro adecuado. Por el contrario, estamos ante intervenciones corporales leves, cuando se entiende que para la obtención de cabellos, uñas, saliva u otra muestra no se precisa acceder a zonas íntimas del cuerpo ni causar mayor dolor o sufrimiento a la persona que no sea la molestia superficial inherente al procedimiento de su toma, por lo que es suficiente con la previa autorización del Fiscal cuando el afectado no consienta en su realización (art.258 ANPP). Un caso típico y frecuente lo tenemos en la recogida de saliva del frotis bucal del sospechoso para obtener el perfil genético de su ADN, con el fin de identificarlo y poder situarlo en el escenario del crimen.

- b) La ejecución forzosa de inspecciones o intervenciones corporales rechazadas por el investigado (art.260 ANPP).
- c) Obtención y análisis no autorizados ni consentidos por el investigado de las muestras biológicas para determinar su perfil de ADN (art.263).

B) Que afectan al derecho del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución:

- d) Las interceptaciones telefónicas y los datos asociados que afecten al secreto de las comunicaciones (art.274 ANPP).
- e) La observación, detención, registro y apertura de la correspondencia postal o telegráfica, de faxes y burofaxes (art.290).
- f) La observación acústica de conversaciones privadas (art.303).
- g) La captación y grabación de actividades desarrolladas en el interior de domicilios o lugares cerrados de carácter íntimo (art.317)

C) Que afectan al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art.18.2 de la Constitución y al derecho a la intimidad.

- h) La entrada y registro domiciliario (arts.325 y 326 ANPP).
- i) El examen de las cartas personales, diarios íntimos o papeles equivalentes (art.345).
- j) Registro e incautación de datos o archivos informáticos (art.347)²³.
- k) La destrucción de los efectos intervenidos (art.361)
- l) El uso de agente encubierto (art.406).
- m) La obtención de historias clínicas (art.416).
- n) El análisis informatizado de datos de carácter personal (art.417).

Como regla general, el Fiscal no puede por sí mismo modificar la situación personal o patrimonial del investigado. Es por eso que en el seno de la investigación de un proceso penal **sólo y exclusivamente será el Juez de Garantías quién podrá**

²³ Fruto del desarrollo de la sociedad de la información, debemos entender incluidos bajo este apartado, el uso de las nuevas tecnologías cuando se conviertan en instrumentos al servicio lo criminal como los archivos del ordenador, móviles, Iphone, tabletas, u otros artilugios relacionados con el delito que el investigado tuviera y que puedan contener elementos incriminatorios importantes. Se entiende, de una interpretación teleológica, que su intervención requiere autorización judicial, al estar comprendidos dentro del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

acordar las medidas cautelares siguientes²⁴: A) *De carácter personal*: regularizar la situación personal del detenido en el plazo máximo de 72 horas a contar desde su detención o de autorizar su prórroga (arts.166 y 167 ANPP); autorizar y controlar la incomunicación del detenido (arts.174 y 175); acordar la prisión provisional y sus prórrogas (arts.202 y 204)²⁵; la prisión atenuada (art.210); acordar la libertad provisional u otra medida cautelar que permita el control y un buen uso de aquélla (arts.178 y 179 ANPP); la caución (art.180); la obligación de presentación ante el Juzgado, Fiscal o Policía judicial (art.184); la prohibición de salida del territorio español (art.185); la prohibición y obligación de residencia en un lugar determinado (art.186); la prohibición de aproximación o comunicación (art.187); la custodia por persona o institución especializada (art. 189); la suspensión de cargo, oficio o profesión (art.190); la suspensión de la patria potestad, guarda, custodia, tutela, curatela o administración de bienes (art.191); la orden de protección (art.194)²⁶; así como el control sobre el

²⁴ El art.164 del ANPP, declara que son competentes para acordar las medidas cautelares, tanto el Juez de Garantías, como el Juez de la Audiencia Preliminar, o el Tribunal Sentenciador, incluso el Tribunal de Apelación al conocer el recurso interpuesto contra la sentencia. Si la medida la adopta el Juez de Guardia, tendrá que ser ratificada o dejada sin efecto por el Juez o Tribunal competente. Se permite que el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial puedan adoptar medidas cautelares en los supuestos y requisitos establecidos en la Ley como la detención del sospechoso, algo habitual en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las medidas cautelares se formalizarán y tramitarán en pieza separada.

²⁵ El art.202 ANPP, recoge, los requisitos que se necesitan para imponer la prisión provisional. Primero, la existencia de uno o varios hechos con caracteres de delito, cuya pena sea igual o superior a dos años de prisión, o incluso si es inferior, pero el sujeto tiene antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación por delito doloso. Segundo, que consten motivos suficientes para creer responsable criminalmente del delito a la persona a la que se ha de imponer el auto de prisión. Además se requiere que con la prisión se persigan alguno de los fines siguientes: a) Asegurar la presencia del investigado o acusado en el Juicio oral, pues se presume de él, riesgo de fuga, para lo cual se ha de valorar la situación familiar, laboral y económica del sujeto, y la inmediatez de la fecha de celebración el juicio. En este sentido, si el individuo tiene pendientes dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos años anteriores, independiente de la pena que contenga el delito, podrá acordarse igualmente la prisión provisional; b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos que exista un peligro fundado y concreto; c) Evitar que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y especialmente cuando se trata de personas recogidas en el art.173.2 CP referido a delitos de violencia doméstica; d) Cuando se trate de evitar que el investigado o acusado cometa otros hechos delictivos (prevención criminal). El art.203 contempla los plazos máximos de duración de la prisión. Actualmente toda la normativa presente sobre la prisión provisional, con iguales o similares requisitos a los contemplados en el Anteproyecto se recogen en los arts.503 y siguientes de la LECRIM.

²⁶ El art.194 ANPP, establece que el Juez dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica y de género, en los casos que haya indicios fundados de comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, contra la libertad sexual, o libertad y seguridad de las personas recogidas en el art.173.2 del CP, y dicha situación requiera la adopción de alguna de las medidas cautelares previstas en esta Ley. La orden de protección podrá solicitarse por la víctima o personas relacionadas con ella, ante el Fiscal, o también ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en las oficinas de atención a la víctima o en los servicios sociales o instituciones

cumplimiento de cualquiera de estas medidas (art.219)²⁷: Y B) *De carácter real*: el decomiso cautelar (art.233); acordar la intervención de la Oficina de Recuperación de Activos (embargo, administración u otras medidas) (art.234); acordar la suspensión o intervención de actividades mercantiles (art.235); la intervención del vehículo y la retirada del permiso de circulación (art.236); el secuestro de una publicación, la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, o la interrupción de un servicio de la sociedad de la información (art.237 ANPP).

*Las medidas cautelares están sometidas a los principios de legalidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad*²⁸. Recordemos que la adopción de este tipo de medidas dentro del proceso penal, en la fase de investigación, es un acto típico de la función judicial que se contempla expresamente en el art.117.3 CE, al establecer como función de los jueces y tribunales, además de las de juzgar y ejecutar lo juzgado, la de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio normal de dichas funciones dentro del proceso.

V. SE REFUERZA EL DERECHO DE DEFENSA

asistenciales dependientes de las administraciones públicas, quién la remitirá al Juez competente para su aplicación. La solicitud de orden de protección, obligará al Juez a convocar de urgencia una audiencia con la víctima o su representante legal, el solicitante y el denunciado asistido de su abogado, que deberá celebrarse en el plazo de 72 horas desde su solicitud. La orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección, según se recoge en el art.200 del ANPP. Actualmente, la orden de protección se contempla en el art.544 ter de la LECRIM.

²⁷ El art. 183 del ANPP, regula, dentro de las medidas restrictivas de libertad, con el fin de evitar la prisión provisional que es la medida más punitiva que existe, la posibilidad de utilizar medios electrónicos de localización, permitiendo el sometida a ella tanto su instalación como su funcionamiento, dando lugar, en caso de incumplimiento de dicha obligación, a la adopción de la prisión provisional. Sobre la Policía Judicial recae el control y el seguimiento de su eficaz aplicación, así como de dar cuenta al Juez o Tribunal de las incidencias que ocurran.

²⁸ Los artículos 162, 163 y 164 del ANPP, recogen dichos principios, del que cabe destacar el de la provisionalidad, pues las medidas cautelares sólo deberán durar el tiempo absolutamente imprescindible para alcanzar los fines del proceso y mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su adopción, pudiendo revisarse en el momento que las circunstancias del caso varíen. Para valorar la necesidad de mantener la medida se atenderán, además de los requisitos y presupuestos que la Ley contempla, a la complejidad del asunto y el comportamiento de la persona sometido a medida. En ningún caso, las medidas cautelares adoptadas podrán superar los plazos máximos establecidos en esta Ley.

La idea fundamental que trata de plasmar el Anteproyecto es que el derecho a la defensa y a la asistencia letrada quede garantizada en todas las fases del proceso penal y en cada una de las diligencias de investigación donde el sospechoso tenga que participar, y con mayor énfasis en aquellas donde se encuentre detenido y afecte a las garantías y derechos fundamentales. En el Anteproyecto se puede diferenciar los nuevos derechos que se instauran relacionados con la asistencia letrada, de aquellos otros que la práctica diaria de los Tribunales confirman su existencia, y que ahora quedan recogidos en la Ley. *Que se afirme claramente que el investigado que está detenido pueda entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración ante la Policía* (art.173 ANPP), supone, sin duda, un derecho de nuevo cuño. Por tanto, el letrado podrá aconsejar o asesorar reservadamente a su defendido antes de que comience su declaración, sobre la conveniencia o no de declarar ante la Policía o el Ministerio Fiscal, o de no declarar en ningún momento hasta el Juicio oral²⁹, lugar donde se ponen de manifiesto las pruebas incriminatorias. Por otro lado, se define por primera vez en nuestra legislación, siguiendo la jurisprudencia en la materia, *el derecho a la presunción de inocencia*, en el sentido de exigir, no sólo una mínima prueba de cargo, siempre que haya sido constitucionalmente obtenida y legalmente practicada, sino que también se requiere una valoración lógica de la actividad probatoria, lo que incluye una convicción que vaya más allá y supere toda duda razonable.

Además el Anteproyecto regula por primera vez, desde el inicio del proceso de investigación, *la capacidad procesal del investigado*, conociendo, si es o no inimputable, si es o no consciente de la ilicitud de su acción, con el fin de que pueda ser asistido por su representante o defensor judicial (art.41 ANPP). Hasta ahora, no es hasta la fecha de juicio oral cuando se pone de manifiesto la capacidad de culpabilidad del individuo, pues se entiende que es cuando, con todas las pruebas sobre la mesa, analizadas en contradicción por las partes y a presencia directa del Tribunal, la decisión judicial es más completa al ser más acertada su valoración, y no en la fase intermedia del proceso, donde su regulación es más parca y rigurosa, resultando más

²⁹ La práctica forense ha sido dubitativa y poco clarificadora. El art.520.6.c), de la actual LECRIM, dentro del procedimiento sumarial, recoge que la asistencia del Abogado consistirá en entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que se hubiere intervenido. Sin embargo, el art.775 en su párrafo 2º, dentro del procedimiento abreviado, permite al detenido que tanto antes como después, pueda entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del art.527 para los supuestos de incomunicación. Esta contradicción legal, que se puede salvar apelando a que estamos ante normas y procedimientos diferentes, queda definitivamente resuelta en el Anteproyecto de Nuevo Proceso Penal en su art.173.4.

difícil poder deducir la ausencia o no de imputabilidad del sujeto (art.637.3º LECRIM). Por otro lado, el Anteproyecto permite, lo que hasta ahora no era posible realizar de forma generalizada pues no había normativa que lo amparase, como *es la adaptación y regulación de las medidas cautelares a las prescripciones médicas del investigado y el internamiento en establecimiento adecuado a su anomalía o alteración mental*, ya sea en centros hospitalarios con plantas o unidades psiquiátricas que reúnan las condiciones para el control y la atención asistencial que sean necesarias, o ya sea en otra modalidad terapéutica, y en régimen cerrado o ambulatorio con el fin de aplicar el tratamiento prescrito, siempre bajo control facultativo y judicial, y durante el tiempo de la investigación que sea preciso (art.44 ANPP).

También resulta novedoso, *el amplio abanico de medidas restrictivas de libertad que presenta el Anteproyecto como alternativa a la prisión provisional*, pues se entiende que ésta es una medida extrema que puede resultar contraproducente, al entender que es la libertad la situación originaria más normal en que debe permanecer el investigado. Dichas medidas pueden combinarse entre sí y aplicarse de manera preferente, con el fin de no perder efectividad el proceso y garantizar la asistencia del acusado a juicio oral. El Anteproyecto parte del hecho de que la medida cautelar privativa de libertad tiene una aplicación excepcional, siendo congruente con la doctrina del Tribunal Constitucional que ha venido manifestando que la situación ordinaria del imputado, en espera de juicio, no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, sino la de libertad. Por tanto, la prisión provisional se caracteriza porque es una medida cuya excepcionalidad ha venido reconociéndose ampliamente; *SSTC 88/1988, de 9 de mayo; 9/1994, de 17 de enero; o 72/2000, de 13 de marzo*, donde predomina el principio del favor libertatis en la fase de la instrucción penal frente a su privación, pues como recoge *la STC 147/2000, de 29 de mayo*, la libertad no sólo es un valor superior del ordenamiento jurídico (art.1.1 CE), sino que es un derecho fundamental (art.17 CE), cuya formulación en su punto primero se hace en negativo: “Nadie podrá ser privado de su libertad, sino...). Por tanto, y salvo que estemos ante graves delitos, o en determinados casos y circunstancias previstas legalmente, el espíritu es la aplicación restrictiva de la prisión provisional³⁰.

³⁰ El art.178 del Anteproyecto, referido a la libertad provisional, establece la regla general de que la persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad. Sin embargo, cuando por razones de las necesidades de la investigación, para garantizar la presencia del investigado, o como medida de protección, podrá ser puesto bajo control judicial en la forma y condiciones previstas en esta Ley. Ahora bien, si ese control resulta insuficiente, se podrá ordenar, excepcionalmente, la prisión provisional.

Por otro lado, tenemos derechos que ya están presentes en la práctica judicial, el Anteproyecto lo que hace es regularlos expresamente aunque los modula. Así, 1) *El investigado tiene derecho a conocer, no sólo que la investigación se dirige contra él, sino los cargos que se le imputan*, tan pronto como existan elementos objetivos o indicios para atribuir el hecho punible al investigado. Es decir, que tiene derecho a ser informado por el Fiscal ya desde la primera comparecencia, de los hechos y de su calificación jurídica, aplicándose en su total plenitud el derecho de defensa (art.464 ANPP)³¹. Si la primera comparecencia ante el Fiscal, se retrasara indebidamente, produciendo un perjuicio irreparable a la defensa, procederá el sobreseimiento de las actuaciones en la fase intermedia (art.467); 2) *Acceso del abogado defensor al expediente íntegro* (art.469). Práctica que es habitual en la realidad de los juzgados, desde un primer momento, salvo la declaración judicial de secreto (art.485); 3) *Derecho a aportar todos los elementos de descargo por parte del investigado*, ya sean documentos, declaraciones juradas o informes periciales que considere oportunos para que se archive el expediente y que se levanten los cargos formulados contra él (art.471); 4) *Derecho a proponer diligencias desde la primera comparecencia por parte de la defensa*, siempre que sean útiles y pertinentes en relación con el caso (art.470); 5) *Impugnar ante el Juez de Garantías la denegación de las diligencias solicitadas* (art.494); 6) *Derecho al aseguramiento de la prueba*. En el caso de que haya riesgo de pérdida de una fuente de prueba personal; por ejemplo cuando un determinado testigo resida en el extranjero, se halle en peligro de muerte o con grave enfermedad³², la

³¹ El actual art.118 LECRIM, dice al respecto: Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercer el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido o no objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

³² Actualmente el art.448 LECRIM, recoge el supuesto de la imposibilidad del testigo de acudir a Juicio oral, bien por ausencia del territorio español, o cuando hay un motivo racionalmente bastante para temer su muerte o su incapacidad física o intelectual. En tales caso, el Juez instructor hará saber dicha situación al reo para que nombre Abogado en el término de 24 horas, o de lo contrario se le nombrará uno de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo, que se realizará anticipadamente y a presencia de todas las partes; acusado, Abogado defensor, Ministerio fiscal y querellante, pudiendo hacer al testigo las preguntas y repreguntas que tengan por conveniente en relación con los hechos, excepto las que el Juez considere impertinentes. De igual forma, el art.777.2 LECRIM, regula el caso de que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, u otro motivo, fuere de temer que razonablemente una prueba no podrá practicarse en Juicio oral, el Juez de instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá de documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba

defensa tiene derecho a acudir directamente al Juez de Garantías, a fin de practicar en contradicción la diligencia de modo que pueda ser introducida válidamente en el Juicio oral (art.506 ANPP).

Además, el investigado, asistido de su abogado, participa en las siguientes diligencias: a) *En la rueda de reconocimiento*, pudiendo aportar a su identificación personas de rasgos similares o que se sometan a dicha diligencia otros sospechosos (art.240 ANPP); b) *En su propia declaración*, como es lógico, pudiéndolo hacer cuantas veces quiera ante el Ministerio Fiscal, debiendo estar siempre asistido de letrado, siendo informado previamente de sus derechos (art.250). Esta situación es una realidad hoy en día ante el Juez de Instrucción, pudiendo leer por sí mismo la declaración prestada o solicitar que se la lean; c) *En las intervenciones corporales*, el investigado tiene la obligación de someterse a ellas (art.260), y *para la obtención del ADN* y de las muestras biológicas precisa su consentimiento, informándole debidamente del alcance de dicha identificación (art.265); d) *La obligación del investigado de someterse a las pruebas de alcoholemia y detección de drogas*, debiendo ser informado de los derechos que le asisten (art.271 ANPP), como pudiera ser la realización de un análisis de contraste (art.270).

La extensión del derecho de defensa abarca a todas las diligencias de investigación donde el sujeto esté detenido. En tal sentido, en la entrada y registro en domicilio (art.334 ANPP), en la inspección ocular (art.355), o en la reconstrucción de los hechos (art.375), el abogado deberá estar presente si su defendido está privado de libertad, al igual que en las entregas vigiladas (art.405), y sobre todo el abogado defensor deberá estar presente en todas las diligencias que sean acordadas por el Juez de Garantías cuando se tramiten como diligencias de investigación complementarias (art.472). No obstante, todos estos derechos que consagra el Anteproyecto, no resultan nuevos para el abogado defensor. *En tal sentido, el Anteproyecto únicamente viene a plasmar lo que de una u otra forma, está presente en la realidad*, si bien es cierto que no existía una fórmula legal que expresamente afirmara la necesidad de contemplar el derecho de defensa en tales diligencias y supuestos. Acercar la asistencia letrada al sujeto investigado, es el objetivo.

en sentencia, la parte a quien interese, deberá instar en el Juicio oral la reproducción de la grabación, o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art.730.

Otras expresiones o manifestaciones *del derecho de defensa lo encontramos* en la posibilidad de solicitar, por razones materiales como procesales, *el sobreseimiento del procedimiento, la de obtener la exclusión de algunos de los acusadores particulares del proceso penal por falta de legitimación*, o solicitar que su expediente, al estar ante un delito grave, *sea enjuiciado ante el Tribunal del Jurado*, así como obtener la *depuración de la prueba ilícita ante el Tribunal sentenciador* en un incidente específico, o *poder recurrir la revisión de los hechos en segunda instancia*, algo que sólo la defensa del condenado puede hacer, pues el Anteproyecto articula una estructura asimétrica de la apelación en su propio beneficio, quedando excluida para el resto de las partes.

Ahora bien, el derecho a la defensa, como todos los principios y derechos fundamentales, no es absoluto y opera en compatibilidad e incluso en cesión con otros derechos (art.10.1 CE), y por tanto encuentra *una limitación en relación con la necesidad procesal de salvaguardar el secreto del sumario en la fase de la instrucción penal*³³. La realización de la justicia es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art.1 CE), y la protección de la investigación de los delitos resulta ser una actividad imprescindible en toda comunidad que ha de prevalecer y cuya prioridad es elemental resguardar, pues lo ilícito penal compromete de manera directa la convivencia pacífica y la paz social en una sociedad democrática, lo que exige adoptar determinadas precauciones, para impedir que el conocimiento o intervención del acusado en las actuaciones judiciales puedan dar ocasión a interferencias, o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación y frustrar sus objetivos, *como así señala la STS de 19 de octubre de 1995*.

VI. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

El Nuevo Proceso Penal, regula las relaciones del poder público con la víctima del delito, configurando una voluntad decidida que vela por su protección y cuidado,

³³ Actualmente, el art.301 LECRIM, establece el secreto del sumario, siendo declarado por el Juez instructor, y a renglón seguido el art.302 LECRIM, prevé dicho secreto para todas las partes personadas, lo que supone, una clara restricción del derecho de defensa que se contempla ampliamente en el art.118 LECRIM. Con el Anteproyecto, es el Fiscal quien de conformidad con el art.485, insta la declaración del secreto de la investigación, dando traslado inmediatamente al Juez de Garantías que lo confirmará o alzará en 48 horas, fijando su duración en caso de ser favorable al secreto, según sus fines (art.486 ANPP).

cosa que hasta el momento no había cuajado del todo en nuestro ordenamiento procesal, más preocupado por cuidar la figura del delincuente y sus derechos que por amparar a la otra parte del acto criminal, ya que tradicionalmente se ha entendido dogmáticamente que es la sociedad en su conjunto, de forma abstracta, la única damnificada y ofendida por el delito. La protección de la víctima, merece pues nuestra atención en este trabajo, pues resulta algo novedoso que la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluya entre sus disposiciones y articulado los derechos que le asisten en el Nuevo Proceso y la manera que tiene de garantizarlos, ya que desde un primer momento, tanto el Ministerio fiscal como la Policía Judicial, o el Secretario del órgano judicial enjuiciador en la apertura del Juicio oral, tienen la obligación de poner en su conocimiento los medios y los cauces para que su asistencia y apoyo resulten eficaces.

Se entiende por víctima, en la definición del art.1 que recoge *el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, en la Sentencia de 21 de octubre de 2010, de la Decisión marco 2001/220/JAI*, a la persona física que ha sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro. El Anteproyecto, traslada la normativa europea y recoge en sus disposiciones el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (arts.65 a 76). Además, se incluye una nueva categoría de víctima que es objeto de singular protección, *al concurrir una especial vulnerabilidad, valorándose las características especiales* que le son propias como la edad, enfermedad o discapacidad y por ello necesitan que el procedimiento se adapte a su particular situación. (art.68). En este y otros casos, el Anteproyecto admite la posibilidad de que la víctima declare ante el Tribunal a través de medios técnicos que eviten la confrontación visual con el acusado, o que su declaración ante el plenario sea sustituida por un examen a través de expertos realizada ante el Juez de Garantías (art.513), sobre todo en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Por otro lado, y *con el fin de evitar la estigmatización de la víctima a la que puede verse sometida cuando tiene que comparecer en el procedimiento* para la práctica de determinadas diligencias donde resulta necesaria su presencia física, sobre todo en los delitos graves, el Anteproyecto establece, como principio modulador o inspirador dirigido a las autoridades policiales y judiciales implicadas, la necesidad de procurar no causar un sufrimiento innecesario o desproporcionado a la víctima, con el

fin de no provocar, lo que se ha denominado, una victimización secundaria. Por eso, el Anteproyecto obliga a la creación de dependencias especiales y lugares de espera habilitadas para las víctimas, de manera que favorezcan su acogimiento (art. 69 ANPP).

*Recibir la información adecuada acerca de los derechos que asisten a las víctimas es una condición previa para su protección. De ahí que su ejercicio en la nueva Ley se proyecte en diferentes niveles; a) acerca de los servicios y organizaciones a los que pueden dirigirse para obtener apoyo y asesoramiento, así como ayuda social y psicológica; b) a fin de que se adopten las medidas determinadas para su protección y, c) la de obtener información de la situación en que se encuentra el investigado (art.70 ANPP). Además, tiene el derecho a ser oída ante la Policía judicial o ante la Oficina de Atención a las Víctimas (art.71); a que las autoridades penales adopten las medidas y mecanismos necesarios para su tutela y la de sus familiares o allegados, comprendidos en el llamado servicio de *protección de testigos* (art.73); a *personarse como acusación particular* para ejercitar la acción penal (art.74), o el *derecho a instar la acción civil o a obtener una reparación civil por el daño sufrido* (art.75 ANPP).³⁴*

La intimidación de las víctimas en el proceso penal, es motivo de preocupación para el Anteproyecto. De ahí que para su protección, se impide o prohíbe que los medios de comunicación puedan captar la identidad o imágenes de las víctimas, ni obtener datos que puedan conducir a su identificación, así como la de los testigos menores de edad, evitando comentar las circunstancias en que se produjo el delito pues puede suponer un incursión en su intimidad o causar un perjuicio innecesario (art.113 ANPP). También se establece la posibilidad de restringir el acceso a determinados contenidos de la sentencia para garantizar la intimidad o el anonimato de las víctimas (art.115). De igual forma, no será posible que haya una sentencia de conformidad entre acusación y defensa, si el Juez, que ha de velar por sus derechos, entiende que no están suficientemente garantizados (art.145). Tampoco se podrá

³⁴ Algunos de estos derechos están presentes en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente el art.13, incide como cuestión programática, en la necesidad de la protección a los ofendidos por el delito desde que se acuerden las primeras diligencias. Además de los derechos que se recogen en el art.771 LECRIM, la Policía Judicial tiene la obligación de ayudar y trasladar a las víctimas y perjudicados por el delito al hospital o centro de salud más próximo cuando existen daños personales o psíquicos (art.778.5 LECRIM), así como prestarlas la atención y el auxilio humanitario que necesiten.

acordar el archivo de la causa siguiendo el principio de oportunidad, pues si la víctima es menor de 14 años o ha mediado violencia o intimidación en la comisión del delito, o estamos ante una víctima de violencia de género (art.149), el sobreseimiento no es posible. *El beneficio de la suspensión de la pena*, para el caso de que el condenado cumpla los requisitos para solicitarla, no será viable sino media el consentimiento de la víctima, que puede condicionarse a la reparación integral de sus derechos, o a que pueda verificar el cumplimiento de las medidas acordadas. Además, *las medidas cautelares* que se declaren por el Juez de Garantías como la prisión provisional, o la detención, pueden venir legitimadas por la necesidad de proteger a las víctimas³⁵. Las medidas cautelares de carácter real como el embargo o la fianza, se han de notificar a la víctima aunque ésta no se haya personado en el procedimiento (art.227 ANPP).

En las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recae la responsabilidad del deber de informar a las víctimas sobre sus derechos. El momento para ello se sitúa tras las primeras diligencias sobre el delito como viene sucediendo actualmente, resultando especialmente protegidas en los supuestos en que se encuentren en grave riesgo y peligro (art.445.1ª). En tal sentido, con el fin de auxiliar a la víctima que está siendo objeto de un delito flagrante en el interior del domicilio y detener al sospechoso, se permite sin más su entrada sin necesidad de autorización judicial (art.336.1). *Y en la fase de Juicio oral, será el Secretario judicial*, quien tiene el deber de informar por escrito a la víctima de la fecha y el lugar de su celebración, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir en él (art.550 ANPP). *Además se reserva un lugar de la sala de vistas* para que pueda presenciar el desarrollo del proceso (art.558). Si el juicio es a puerta cerrada, el juez puede acordar que permanezcan en ella los familiares de las víctimas (art.560). *Y si la sentencia es apelada*, el Secretario debe informar a la víctima de la interposición del recurso aunque no se haya mostrado parte en el proceso ni sea necesaria su intervención (art.636), notificándole la sentencia que haya recaído (art.638).

De forma paralela a la protección que otorga el futuro proceso penal a las personas perjudicadas u ofendidas por el delito, el legislador español, ya ha regulado

³⁵ De igual manera se procederá cuando se impongan al investigado o sospechoso del delito, las medidas de prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, la de suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas (art.192), o la aplicación de la orden de protección (art.194 del Anteproyecto).

ampliamente, en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre³⁶, los derechos que asisten a las víctimas por los delitos de terrorismo, en una protección de carácter universal, que vela por sus intereses, ya que abarca a los relacionados con el proceso penal, y a aquellos otros que resultan fundamentales para iniciar su recuperación personal. Recientemente se ha aprobado el Reglamento que desarrolla esta Ley en la sesión del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2013, en el que se dispone de un sistema de atención integral a las víctimas de terrorismo de los más avanzados a nivel europeo y mundial como reconocen muchos organismos internacionales³⁷. Con igual sentido, se amparan los derechos de las víctimas de malos tratos en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, incluida en el Plan Integral contra la Violencia de Género, donde se establece una protección completa que implica la defensa de los derechos laborales, funcionariales o de carácter económico, además de los incluidos en el ámbito estrictamente penal. Someramente la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y

³⁶ Esta Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección de las Víctimas de Terrorismo, tiene un marcado carácter integrador. Define quiénes son sus destinatarios; recoge las prestaciones a las que tienen acceso, como la atención psicológica, sanitaria o el derecho a obtener una información general sobre su situación. Además contempla un baremo económico con el fin de atender las indemnizaciones a recibir por los daños personales y materiales sufridos, y recoge un programa de asistencia social que contiene derechos laborales, de empleo, de seguridad social, ayudas educativas y otras ayudas más concretas y determinadas que las víctimas pueden recibir. Pero sobre todo, y es lo significativo, también protege a las víctimas en los procesos judiciales, facilitando información sobre su estado y tramitación, pudiendo participar en la ejecución penal. Según el art.48 de la citada norma, la víctima tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, siendo representada por Abogado y Procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la situación que provoca la citada condición.

³⁷ El Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 29/2011, de Reconocimiento a las víctimas del terrorismo, pretende formar un cuerpo jurídico único normativo con el fin de aunar esfuerzos a favor de su protección y en relación con los derechos reconocidos a las víctimas por la Unión Europea. Se pretende avanzar en una mejor coordinación entre los diferentes sistemas de protección de las administraciones públicas para con las víctimas de terrorismo y un trato equitativo de ellas que no dependa del momento y lugar de comisión de los atentados. Se estructura en 7 títulos. El título preliminar, establece el ámbito de aplicación, y la condición de destinatarios, así como el contenido de las indemnizaciones, resarcimientos, ayudas y condecoraciones. El título I, contempla los titulares y cuantía de los resarcimientos en caso de daños personales; fallecimiento o lesiones corporales como consecuencia del acto terrorista, así como el abono de la responsabilidad civil fijada en sentencia, que asume excepcionalmente el Estado y por solidaridad con las víctimas. El título II, actualiza los gastos por daños materiales. El título III, regula las ayudas sanitarias y psicológicas de urgencia por acto terrorista, además de las educativas, sociales, laborales, necesidades de vivienda, u ayudas extraordinarias o anticipos a cuenta en los supuestos de necesidad familiar o personal por resultar la atención insuficientemente cubierta. El título IV, regula la tramitación de los procedimientos para establecer los resarcimientos, las indemnizaciones, ayudas o condecoraciones a las que se tiene derecho. El título V, recoge las condecoraciones y distinciones honoríficas, y el título VI, los modelos para las ayudas o indemnizaciones. Su finalidad, es ir más allá del mero resarcimiento económico para situarse en la aplicación de un tratamiento integral de la víctima, tanto social como político y moral, teniendo como principios inspiradores la memoria, la dignidad, la justicia y la verdad.

asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ya vino a recoger, aunque de forma tenue y limitada si se quiere, los derechos de las víctimas en el proceso penal, intentando compensar la insolvencia de las responsabilidades civiles en que se venían quedando los condenados y obtener ayudas públicas de forma provisional en caso de fallecimiento, lesiones y graves daños psíquicos o físicos a la salud, con el fin de paliar la penosa situación en que solían encontrarse. La atención psicológica y terapéutica era un servicio que había que prestar con el fin de recuperar esa dignidad perdida por el delito.

Por último, mención especial merece el hecho de que el actual Ejecutivo acaba de aprobar en Consejo de Ministros con fecha de 25 de octubre de 2013, trasponiendo las Directivas de la Unión Europea, un nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, que protege ampliamente sus derechos en los delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad e integridad sexual, robo con violencia e intimidación u otros delitos siempre que contengan pena superior a cinco años de prisión. De esta manera, se busca extender la protección jurídica a todas las víctimas de delitos graves en el proceso penal. Con el nuevo marco legislativo que se pretende instaurar, las víctimas pueden ser resarcidas directamente por los daños sufridos a través de un trato individualizado, teniendo voz en el procedimiento, independientemente de que estén o no personadas en el proceso, lo que es sin duda un avance importante. Además de poder recurrir el sobreseimiento del caso, la Ley abre la posibilidad a que la víctima del delito tenga acceso a los incidentes que se suscitan en la ejecución de la pena. Poder recurrir la libertad condicional del penado, o la clasificación del tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la condena, son derechos que le asisten. También tendrá derecho a conocer los beneficios penitenciarios que el condenado vaya a recibir, y en su caso, a solicitar del Juez que adopte las medidas de control necesarias para garantizar su seguridad.

VII. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Al igual que en otras materias, la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores es la norma tipo sobre la que se nutre muchas de las materias y figuras jurídicas que el Anteproyecto trata de proyectar en el nuevo proceso penal, donde sin duda, las posibilidades de actuación son variadas. La definición del principio de oportunidad se articula por oposición al principio de legalidad. Mientras éste es de

aplicación obligatoria para los operadores jurídicos, en el sentido de que el procedimiento penal ha de incoarse ante la sospecha de comisión de cualquier hecho delictivo, sin que el Ministerio fiscal pueda instar el sobreseimiento mientras haya un imputado en la causa, el principio de oportunidad permite su libertad de apreciación, pudiendo incoarse o no el procedimiento, siempre que se den los presupuestos para ello, quedando sometido al albur de principios de conveniencia a aplicar en cada caso particular. La razón del principio de oportunidad hay que buscarla en la falta de utilidad pública o interés social, por ejemplo a la hora de perseguir el delito en atención a la escasa lesión producida, a la pronta reparación de la víctima, o en los efectos criminógenos que provocan las penas cortas privativas de libertad, incluso en la rehabilitación del delincuente, además de servir de instrumento para descargar a la administración de justicia del elevado número de asuntos que tramita, o para favorecer o garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art.24.2 CE)³⁸, o más concretamente, en la falta de necesidad de la pena a los fines de prevención (art.148 Anteproyecto). La apreciación de esa necesidad, basada en razones de política criminal, *corresponde en exclusiva al Ministerio fiscal*, que es el legitimado para impulsar el procedimiento en un sentido u otro, siendo el Fiscal General del Estado, quien deberá, mediante circulares e instrucciones que dicte, coordinar y armonizar el principio de oportunidad con el objetivo de facilitar el ejercicio homogéneo de esta facultad en el proceso penal. Ahora bien, no hay un derecho a la conformidad para el investigado, que en ningún caso podrá reclamar que se le aplique alguna de las modalidades de oportunidad que el Anteproyecto contempla. Tenemos diferentes posibilidades. Por un lado, *está el archivo por oportunidad sujeto a control judicial* (art.149), para todo tipo de faltas y delitos castigados con pena de hasta dos años de prisión, o de multa cualquiera que sea su extensión o de privación de derechos que no exceda de diez años³⁹. Quedan excluidos de su aplicación los sujetos reincidentes, cuando en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación, la víctima sea menor de 14 años, o estemos ante delitos de violencia de género o de corrupción. Su apreciación que es discrecional corresponde al Ministerio Fiscal, siempre que la incidencia del hecho sea insuficiente, la culpabilidad del sujeto sea mínima, o el

³⁸ TODOLÍ GÓMEZ: "Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y ejercicio por el Ministerio fiscal". En la Web Noticias Jurídicas. Octubre de 2008, págs. 1 a 4.

³⁹ De igual forma vemos cómo el art.18 LRRPM, permite al Ministerio Fiscal desistir del procedimiento en los delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas o en faltas tipificadas como tal en el Código penal o en las leyes especiales.

sufrimiento de la víctima haga innecesaria la imposición de la pena. Por otro lado, tenemos *la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, también sometido a control judicial* (art.150), para delitos castigados con pena de prisión de hasta 5 años u otra pena de distinta naturaleza, siempre que concurren todos los requisitos exigidos para el archivo por oportunidad antes mencionado, siendo necesario que el investigado haya reconocido su responsabilidad penal y se haya comprometido expresamente a cumplir con las obligaciones o reglas de conducta que se hayan fijado⁴⁰. La suspensión del procedimiento queda supeditada a que el ofendido o la víctima muestren su conformidad con la suspensión de la pena y con las reglas de conducta impuestas al reo, y que el sujeto no delinca en el plazo de 2 años.

Además el Anteproyecto contempla que el Ministerio Fiscal, en el uso de las facultades discrecionales que legalmente le asisten, pueda llegar a *archivar el procedimiento penal abierto contra una persona para así facilitar la investigación de una organización criminal* (art.152)⁴¹; o *por colaboración activa contra una organización criminal* (art.153)⁴². Además, se establecen *supuestos especiales de archivo del procedimiento por razón de peligro y grave riesgo para la seguridad*

⁴⁰ El art.150 del Anteproyecto contempla las siguientes obligaciones o reglas de conducta que se le puede imponer al reo: a) Indemnizar al ofendido en la cantidad y en la forma que haya sido determinada; b) Dar al ofendido una satisfacción moral que sea adecuada y suficiente; c) Entregar al Estado o a Instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad fijada para ser destinada a obras sociales o comunitarias; d) No aproximarse a la víctima o a sus familiares o personas que determine el decreto del Ministerio fiscal, o de comunicarse con ella; e) No ausentarse del lugar donde reside; f) A comparecer personalmente en la Fiscalía o en los Servicios de la administración que se señale para informar de sus actividades y las justifique; g) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares; h) Someterse a tratamiento de deshabitación en Centro o Servicio público o privado debidamente acreditado, sin abandonar el mismo hasta que finalice o i) Cumplir con los deberes que el Fiscal estime conveniente para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado y que no atente contra su dignidad como persona.

⁴¹ El art.152 del Anteproyecto requiere que el archivo del procedimiento se pueda decretar cuando su tramitación pueda poner en peligro la investigación de una organización criminal. El archivo tiene carácter reservado por lo que excluye toda audiencia o notificación que ponga en peligro su finalidad. Queda sujeto al control del Juez de Garantías, que puede revocarlo en cualquier momento.

⁴² El art.153 del Anteproyecto, contempla dicho supuesto para los delitos castigados con pena de hasta 6 años de prisión o penas de otra naturaleza, siempre que haya un abandono voluntario y definitivo de las actividades delictivas, o bien una confesión de los hechos, o una colaboración activa para impedir la producción del delito o para obtener pruebas decisivas contra la organización criminal. Además, para la aplicación del archivo se exige tener satisfechas las responsabilidades civiles, y no frustrar con la propia conducta la efectividad de la colaboración prestada. Por último, se ha de permanecer desde la fecha del archivo sin reiniciar actividad delictiva y sin prestar colaboración alguna a la organización.

nacional (arts.155 y 156)⁴³, correspondiendo aplicar la oportunidad sólo al Fiscal General del Estado, así como un control reforzado jurisdiccional que recaer en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y, otro de índole político-parlamentario que recaer en la Comisión del Congreso de los Diputados en materia de secretos oficiales, donde el Fiscal General del Estado debe comparecer para justificar la existencia del riesgo.

Los efectos de la conformidad permiten al Ministerio Fiscal rebajar la pena inferior en grado a la prevista legalmente siempre que se formalice con el investigado el acuerdo alcanzado (art.143). Aunque la figura de la conformidad, no es tampoco un hecho novedoso. *Los arts. 800.2 y 801.2 de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal*, permiten, que si el acusado se conforma con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, pueda reducirse ésta en la cuantía de un tercio, aún cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite previsto en el Código penal⁴⁴.

⁴³ Los artículos 155 y 156 del Anteproyecto, exigen que la investigación en marcha suponga un grave riesgo para la seguridad nacional o para la colaboración prestada por el investigado siempre que la actividad de éste haya impedido un grave daño a la seguridad nacional o al orden constitucional. También cabe en los supuestos de jurisdicción universal, cuando el procedimiento entrañe un grave daño a las relaciones de España con otro Estado soberano.

⁴⁴ La STS 579/2012, de 28 de junio, establece la doctrina que preside la figura de la conformidad, y lo hace relación con el principio de igualdad. La situación era la siguiente: Frente a la mayoría de los acusados que habían llegado a un acuerdo de conformidad con el Ministerio Fiscal, reduciéndoles la pena en 1/3 a la solicitada por la acusación según se recoge en el 801.2 LECRIM, condenándoles a una pena de 2 años, uno de los acusados, no llegó a acuerdo con el Fiscal, reiterando su inocencia en el caso. Al final, dicho acusado fue condenado a la pena 3 años que legalmente le correspondía. Lógicamente era mayor que la que acordaron para el resto de acusados que se conformaron; algo lógico porque no se le aplicó la reducción de 1/3 de la pena prevista para la conformidad. El Tribunal desestima el recurso interpuesto por el acusado fundamentado en la diferencia de pena para unos mismos hechos, lo que a su juicio suponía una clara infracción del principio de igualdad, y considera que la pena impuesta es la correcta, porque es proporcional a la gravedad de los hechos y al grado de culpabilidad del recurrente, no existiendo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1 de la Constitución, como insistía. El Tribunal Supremo razona que la responsabilidad penal es personal y no seriada, por lo tanto la simple comparación de distintas penas impuestas a personas diferentes, por hechos análogos, no supone una quiebra del derecho a la igualdad al existir un hecho diferencial que justifica el trato diferente. El hecho diferencial trae causa del instituto de la conformidad que no es indiferente para el sistema de justicia penal y que la hace merecedor de un premio a quién a se acoge a ella. Los motivos para su aplicación exigen que, por un lado, haya una aceptación de los hechos por el acusado, lo que supone un reconocimiento del daño causado, algo positivo que deduce un buen pronóstico para la vida futura del concernido. Y por otro, que la conformidad contiene una reducción de costes para el proceso penal, al evitar seguir con las investigaciones necesarias para deducir los hechos que son objeto de acusación. Por tanto, la conformidad no es algo neutro o indiferente, y por ello merece una respuesta penal que la tenga en cuenta.

Por otro lado, el Anteproyecto recoge, como otra versión del principio de oportunidad, un hecho netamente novedoso y moderno como es la *figura de la mediación penal*. Este mecanismo de solventar problemas sociales, comienza a tener relevancia en el mundo del derecho mercantil y civil, pero se cuestiona su validez en el mundo del derecho penal. A pesar de ello, el Anteproyecto se arriesga a su introducción con unos requisitos determinados. Y como en otras ocasiones, las raíces de esta figura hay que buscarlas en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, cuya Exposición de Motivos destaca la importancia que revisten los temas de reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en concurso con la mediación del Equipo Técnico y en armonía con el principio de mínima intervención, puede dar lugar a la no incoación del procedimiento o su sobreseimiento, incluso dar por finalizado el cumplimiento de la medida impuesta al menor, en una clara apuesta por los criterios educativos y resocializadores de la sanción. La mediación penal, tiene pues como objetivo, que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del condenado por el delito, quién debe arrepentirse por el daño causado y estar dispuesto a disculparse. *Según el art.157 del Anteproyecto*, la mediación se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad. Por lo que ninguna de las partes, podrá ser obligada a someterse a la mediación, pudiendo dejarla sin efecto en cualquier momento⁴⁵. El arrepentimiento ha de ser sincero y directo, y la persona ofendida ha de aceptar y otorgar su perdón. No obstante, no es simplemente la reparación psicológica a la víctima por la lesión sufrida, sino que se requiere algo más, y por ello, el agresor debe ejecutar un compromiso con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado que puede ser mediante trabajos en beneficio de la comunidad, o bien mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o el

⁴⁵ El procedimiento de mediación que se regula en el art.158 ANPP, se inicia por el Ministerio Fiscal, quién podrá, de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias en que se haya producido el hecho, del infractor y de la víctima, someter el proceso a mediación. El decreto que lo acuerde enviará a los Equipos técnicos el proceso para su desarrollo que no podrá exceder de tres meses. Si las partes no están de acuerdo, el procedimiento penal seguirá su correspondiente tramitación. También se podrá solicitar la mediación en el Juicio oral ante el Tribunal sentenciador, siempre que lo soliciten todas las partes, en cuyo caso el acuerdo permitirá reducir la pena al acusado al serle de aplicación la atenuante de reparación del daño (art.160 ANPP). Las consecuencias del proceso de mediación dará lugar a un Acta de Reparación que la firmarán todas las partes recogiendo los acuerdos alcanzados, unido al informe positivo emitido por el Equipo de mediación, lo que permitirá al Fiscal llegar a decretar el archivo del procedimiento por oportunidad según los arts.149 y 150 del Anteproyecto, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados, o bien, acudir a la figura de la conformidad. Las víctimas del delito, siempre serán oídas aún cuando no se hubiesen personado en el procedimiento y la sentencia de conformidad que se dicte deberá incluir los términos del acta de reparación (art.159 ANPP).

perjudicado. Una vez observadas dichas prescripciones o compromisos, entonces el Ministerio Fiscal podrá desistir del expediente penal abierto⁴⁶.

La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, en Sentencia de 30 de abril de 2012, acogió una mediación penal intrajudicial como experiencia, aplicándose la atenuante muy cualificada prevista en el art.21.5ª del Código Penal, reduciéndose sensiblemente la pena, ante la admisión de los hechos por el acusado y la petición de disculpas al perjudicado por el delito, además de mostrar su voluntad inequívoca de reparar el daño. El acusado realizó de forma gratuita las obras públicas a las que se comprometió como ejecución de los acuerdos a los que llegó con la víctima antes del juicio, cancelando las responsabilidades civiles. El presente procedimiento, que fue incluido como experiencia en la Mediación de la Jurisdicción de Adultos, sirvió para que las partes, en fecha de 16 de marzo de 2011, suscribieran un Acta de Reparación de Daños, en la que el acusado, en compensación por el perjuicio moral ocasionado al Consistorio, se comprometiera a realizar las obras de acondicionamiento en una de sus calles, donde efectivamente cumplió su obligación. La mediación hizo posible la reducción de la pena a imponer por los delitos de estafa y falsedad documental del que era objeto de acusación.

VIII. CUADRO DE NOVEDADES MÁS RELEVANTES

A) ESENCIALES

1) El Ministerio fiscal es el nuevo director y promotor de la investigación criminal, pudiendo acordar las diligencias que tenga por conveniente frente al sujeto investigado. Desaparece en nuestro país la figura del Juez de Instrucción.

2) La Policía judicial pasa a depender en exclusiva del Ministerio fiscal, pudiendo actuar por su propia iniciativa o por mandato de aquél, en las funciones que tiene asignadas de averiguar el delito, así como descubrir al delincuente y asegurarlo

⁴⁶ En la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, corresponde al Ministerio Fiscal, según su art.19, sobreseer el expediente por conciliación o reparación siempre que el menor haya asumido el compromiso de reparar el daño causado, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo técnico. No obstante, el desistimiento sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o falta.

cuando proceda, o de realizar aquellas diligencias que el Fiscal estime pertinentes para instar la acusación.

3) Se crea el Juez de Garantías, que controlará las diligencias de investigación acordadas por el Ministerio fiscal, necesitando su aprobación cuando afecten a derechos y libertades fundamentales del investigado como la intervención de las comunicaciones, o la inviolabilidad del domicilio, o cuando se soliciten medidas cautelares contra el imputado de carácter personal como la prisión provisional, o de carácter real como las relacionadas con el embargo de bienes o la fianza.

4) También se establece la figura del Juez de la Audiencia Preliminar, como un órgano judicial imparcial que no ha participado en la investigación del hecho delictivo, que en la denominada fase intermedia del proceso depura la prueba penal presentada por el Ministerio fiscal o la acusación particular, con el fin de determinar si existen elementos suficientes para acordar el Juicio oral.

5) Se configura una verdadera y genuina segunda instancia frente a las resoluciones dictadas por el Tribunal sentenciador o Tribunal ad quo. De esta forma se acomoda a la normativa internacional recogida en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ratificados por España.

6) Por primera vez, se fija un plazo máximo de duración de la investigación criminal en nuestro país. En tal sentido, el Ministerio fiscal, por lo general, tendrá 12 meses para reunir las pruebas contra el sospechoso. Transcurrido ese plazo, si el instructor penal no formula acusación ante el Juez de la Audiencia Preliminar, o no son suficientes las pruebas halladas frente a la persona sospechosa, pues la causa penal deberá de archivers.

B) QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE LA PRUEBA Y JUICIO ORAL

1) Las declaraciones de un coacusado o coimputado, de un testigo de referencia, o la identificación a través de la rueda de reconocimiento, ya no son suficientes pruebas de cargo por sí mismas, y sino van acompañadas de elementos de corroboración que la complementen o completen, no se podrá instar el Juicio de Acusación ante el Juez de la Audiencia Preliminar, ni solicitar la apertura del Juicio oral, procediéndose a dictar sobreseimiento de la causa (art.530 ANPP). .

2) *En el Juicio oral se parte de cero. No son válidas ninguna de las diligencias de investigación acordadas o realizadas. Tan sólo pueden acudir al expediente escrito del plenario, aquéllas diligencias que hayan necesitado de aseguramiento en la fase de investigación o instrucción penal.*

C) QUE AFECTAN AL DERECHO DE DEFENSA

1) *La entrevista del abogado defensor con su cliente detenido ante la Policía o el Fiscal, podrá efectuarse tanto antes como después de su declaración (art.173.4 ANPP).*

2) *El derecho de defensa adquiere rango de Ley Orgánica como derecho fundamental del acusado, formando parte de la garantía del proceso penal.*

3) *Si el sujeto investigado se encuentra detenido o privado de libertad y se le requiere por el Fiscal o la Policía para la práctica de determinadas diligencias de investigación, por lo general, deberá estar presente su Abogado defensor.*

4) *La defensa del acusado podrá recusar o solicitar al Tribunal que deje sin efecto la personación de la acusación particular como parte en el proceso al entender que no está legitimada.*

5) *Desaparece como tal la figura del imputado, que pasa a ser llamado investigado. Hasta ahora el imputado, es toda persona al que se le atribuye, de manera formal, tácita o implícita, la comisión de un delito.*

D) EN RELACION CON LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

1) *El Anteproyecto reconoce ampliamente los derechos de las víctimas en el proceso penal. En armonía con la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, que ampara los derechos de las víctimas de terrorismo, o la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de las víctimas de malos tratos, y otros instrumentos en trámite parlamentario, se pretende dejar perfilado el Estatuto Jurídico de la Víctima.*

2) *La víctima en el Juicio oral, tiene derecho a sentarse con sus familiares en un lugar señalado de la Sala, habiendo sido informada previamente de la situación procesal del acusado en el curso del proceso, y de las medidas de protección que se podrán adoptar en la fase de ejecución de la sentencia (art.70.2 ANPP).*

3) *Se establece la condición de víctima de especial vulnerabilidad, donde las circunstancias singulares que concurren en su persona de edad, enfermedad o discapacidad, obligan a que los trámites y diligencias procesales a realizar se adapten a su particular situación (art.68 ANPP).*

E) RELATIVO AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1) *Se establece un régimen más abierto y flexible del principio de oportunidad al recogerse nuevos supuestos que dan lugar al sobreseimiento del procedimiento, como por ejemplo cuando se permite que el Fiscal pueda llegar a archivar los juicios de faltas pendientes contra un acusado.*

2) *La conformidad con la pena, y por tanto, el reconocimiento de los hechos por el acusado, puede tener como consecuencia, no sólo una rebaja de la sanción a imponer, sino la posible suspensión de la pena privativa de libertad impuesta siempre que las partes así lo acuerden (art. 143 ANPP).* .

3) *Se recoge por primera vez en el proceso penal, la figura de la mediación, como instrumento de reparar la conducta ilícita del acusado. El arrepentimiento sincero o el perdón al ofendido, siempre que éste consienta en ello, son parte del Acta de Reparación de Daños, que permiten dejar sin efecto la pena impuesta o reducirla.*

Al final, y una vez que el Anteproyecto sea aprobado en el Consejo de Ministros para iniciar su trámite parlamentario, veremos cómo queda su redacción ulterior. Teóricamente, no parece tener muchos detractores y el texto podría salir intacto, al existir un amplio consenso en la materia, al menos entre el gobierno y el principal partido de la oposición, pues debemos recordar que la propuesta que se quiere enviar a las Cámaras, es básicamente labor del anterior ejecutivo. Para concluir, únicamente decir, que de todas las novedades apuntadas en este trabajo, cabría destacar dos principalmente: Una, la que entrega al Ministerio fiscal toda la investigación criminal, a cuya dependencia va a trabajar la Policía judicial, dejando de

estar al servicio del Juez de instrucción como hasta ahora. Y otra, el *reconocimiento y la protección de los derechos de las víctimas como parte esencial en el nuevo proceso penal*.

Somos conscientes de que nos hemos dejado sin tratar elementos y materias que también son importantes del Anteproyecto, y otras tantas novedades que forman parte de esta propuesta legislativa. Sin duda la falta de espacio es un buen motivo para ello, y la licencia que se toma el autor para designar aquello que entiende más relevante, es también otro. Aunque hemos considerado como esencial lo que resulta más novedoso y que traerá una nueva forma de tramitar la justicia penal en nuestro país.

*Julio Leal Medina

Doctor en Derecho



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons](#). Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra bajo las siguientes condiciones: **Reconocimiento**: Debe reconocer y citar al autor original. **No comercial**. No puede utilizar esta obra para fines comerciales. **Sin obras derivadas**. No se puede alterar, transformar, o generar una obra derivada a partir de esta obra.

ABREVIATURAS

ANPP.....	Anteproyecto de Nuevo Proceso Penal
CE.....	Constitución española
CP.....	Código penal
EOMF.....	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LECRIM.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LRRPM.....	Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LOPJ.....	Ley Orgánica de Poder Judicial
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo