

Fdo.: José Luis de Benito y Benítez de Lugo

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA VOCAL MARÍA CONCEPCIÓN SÁEZ RODRÍGUEZ AL INFORME DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA LA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL, EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS, APROBADO POR EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), EN SESIÓN CELEBRADA EL 12 DE ENERO DE 2015.**

La Vocal María Concepción Sáez Rodríguez realiza el siguiente voto concurrente al Informe del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (el Anteproyecto), al entender que en el informe deberían haberse incorporado las siguientes consideraciones:

**I. OBSERVACIÓN GENERAL.**

El voto se refiere a los siguientes artículos del Anteproyecto: 282 bis; 284; 295; 324; 527; 803 bis a) y ss.; y 803 ter a) y ss. A ellos se dedican los epígrafes que siguen.

Con carácter general, no obstante, creo conveniente realizar unas breves consideraciones acerca del Anteproyecto, que enmarcan la perspectiva desde donde se ha contemplado su análisis.

En primer lugar, respecto de las medidas de agilización procesal que se adoptan, considero que el problema de la lentitud de la justicia penal, particularmente en el ámbito de la investigación criminal que aquí se aborda, es complejo, poliédrico, y sus causas no son solo, ni siquiera mayoritariamente, procesales ni dependen de la voluntad o del nivel de celo de quienes operan en el sistema de justicia penal. Su abordaje requeriría la puesta en marcha coordinada de otras medidas que habrían de ser adoptadas desde instancias públicas distintas del Ministerio de Justicia.

El pre-legislador ha elaborado este Anteproyecto sin coordinar su contenido y los tiempos de tramitación con diversos Proyectos de Leyes que aún no han sido aprobados pero ya están en fase de debate parlamentario, algunos de los cuales tienen por objeto la trasposición de Directivas de la Unión Europea ajenas a las que el Anteproyecto declara trasponer, pero que se resuelven en éste y contradicen el contenido normativo de los Proyectos

de Ley afectados<sup>1</sup>. Numerosas previsiones contenidas en el Anteproyecto se solapan con las normas de tales Proyectos y no pocas las dejan sin contenido e incluso las contradicen.

Quizá debido al carácter urgente que el pre-legislador ha otorgado a esta reforma, muchas de las "novedades" que introduce han sido trasladadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) directamente desde el borrador de Código Procesal Penal elaborado por la Comisión Institucional para la Elaboración de un Texto Articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 (BCPP), sin tenerse en cuenta que las profundas diferencias entre ambos textos provocan no pocas disfunciones que desaconsejan su trasvase.

## **II. SOBRE LAS MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL.**

### **1. LA REFORMA DE LA POLICÍA JUDICIAL.**

1.1. Incardinados entre las medidas de agilización procesal, el pre-legislador, en la Exposición de Motivos (EM) y también en la Memoria de Impacto Normativo (MAIN), se refiere a dos preceptos que afectan a las actividades de la policía judicial en el ámbito de sus competencias, el artículo 284 y el 295. Se omite en ambos, sin embargo, referencia alguna al artículo 282 bis, al que la reforma añade un nuevo apartado 6. Tampoco se observa que este último artículo haya merecido ninguna valoración en el informe del Consejo General del Poder Judicial aprobado (en adelante, el Informe).

Sin embargo, examinada en su conjunto la reforma, parece que el análisis cabal de la nueva redacción que se pretende de los artículos 284 y 295 merecería ser puesto en relación con la del conjunto de las normas que se ubican en el Título III del Libro II, "De la policía judicial", porque –más que a la agilización del proceso a que, según el pre-legislador obedece su reforma- existe una idea común que parece presidir y guiarla modificación de los tres artículos afectados ubicados en ese Título, los dos citados y el art. 282 bis, vinculada a la ampliación de los márgenes de actuación policial y el correlativo relajamiento del control judicial. La previsión del nuevo tercer párrafo del art. 284 más que una medida de agilización procesal, estaría, desde esta perspectiva, vinculada por un lado a la eficiencia estadística, y por otro, puesta en relación con los otros dos preceptos del mismo Título afectados por la reforma, implicaría una medida más para sustraer espacios de actuación de la policía a la decisión y el control

---

<sup>1</sup> Es el caso del Proyecto de LO 121/000114 aprobado por el Congreso de los Diputados el 18 de diciembre de 2014, por la que se modifican la LECr. y la LOPJ para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (BOCG, núm. 114-5, de 2 de enero de 2015) o el Proyecto de LO de reforma de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal que ha superado en el Congreso de los Diputados el trámite de reformas parciales en el momento de escribir este voto.



y suficiente para reglamentar los objetivos y el alcance de sus actividades y competencias. La introducción de estos tres nuevos preceptos –más allá de cual sea la motivación esgrimida para ello por el pre-legislador- permite sostener que dotaría a una institución que constitucionalmente “depende de los jueces”, ex artículo 126 CE, de un margen de actuación no solo más amplio sino más indeterminado, así como de unos ámbitos de decisión en torno a sus funciones de averiguación del delito desvinculados del poder judicial, poniéndose en riesgo su necesaria independencia respecto de otros poderes del Estado distintos de aquél.

## 2. SOBRE LA INTRODUCCIÓN DE PLAZOS A LA INSTRUCCIÓN.

La valoración en el Informe del modificado artículo 324 de la LECr., es paradójica. Desde su escueta valoración positiva al folio 57 se va avanzando hasta el folio 62 a través de una enumeración interminable de desajustes e inconvenientes imposibles de componer con coherencia. Otro tanto ocurre en la Conclusión 5ª, la provechosa ponderación basada en el hipotético impulso que el establecimiento de los nuevos plazos proporcionará a la instrucción, queda oculta bajo las once propuestas de mejora, y la apelación final a un imprescindible incremento de los medios materiales y humanos para que esta medida adquiriera virtualidad.

La ausencia en la MAIN de toda mención a un incremento en las necesidades de dotación presupuestaria derivado de la implementación de los límites temporales a la instrucción para agilizar y acelerar su avance procedimental, permite augurar a los nuevos plazos un futuro no muy distinto del actualmente en vigor para el sumario, al tiempo que parece sugerir que la ralentización que se atribuye a la fase instructora del proceso penal tendría que ver con la displicencia de instructores y de fiscales<sup>3</sup> y no con otro tipo de motivos que –detectados en fase de instrucción penal- en realidad afectan en general al sistema judicial español en su conjunto, relacionados con causas exógenas al propio sistema, como unos presupuestos para justicia reducidos un 4,21% en 2013 y un 2,31% en 2014, o –en relación con los países de nuestro entorno- con una insuficiente tasa de jueces por habitante, o con el exiguo porcentaje del gasto en justicia sobre el Producto Interior Bruto<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Ver, si no, la desafortunada mención en el epígrafe 1.3.2, “limitación de la duración de la investigación”, de la MAIN: “El modelo propuesto (...) introduce un régimen de control y transparencia que, razonablemente, reforzará el celo de los instructores y de los fiscales al velar por la celeridad del procedimiento” (subrayado añadido).

<sup>4</sup> El último Informe de la Comisión para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa, con datos del año 2012, refleja –entre otros muchos otros datos- que la media de los presupuestos generales destinada en Europa al sistema judicial es el 2,2%, y en España es el 0,9% (de 45 Estados, España se sitúa así en el puesto 40), y que se destina por habitante al sistema de justicia (tribunales, justicia gratuita y fiscalía) la mitad que la media europea (32,4 euros frente a 60,6).  
[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf)

### 3. SOBRE EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO.

La introducción y regulación del proceso por aceptación de decreto participa del mismo problema de origen que la propia reforma en su estrategia de abordaje del problema que le da nombre, la agilización de la justicia penal: constituye una respuesta equivocada y/o insuficiente al problema de la lentitud de nuestra justicia penal; no genera ventajas respecto de los procedimientos ahora existentes para dotar de mayor rapidez el enjuiciamiento de determinadas infracciones, y refleja una tendencia de política criminal observada desde hace no pocos años, como mínimo, preocupante, que sitúa la eficiencia y el pacto en el vértice del sistema de justicia penal.

3.1. La tendencia a atribuir causas procesales a la sobrecarga de trabajo en los juzgados y tribunales es recurrente, pero incluso acudiendo a orígenes más o menos remotos que nos reflejan los periódicos intentos de hallar cauces reductores del procedimiento común establecido en la LECr.<sup>5</sup>, no se puede entender que el pre-legislador intente ahora introducir en nuestro ordenamiento procesal penal una institución sin raíces ni presencia en su evolución histórica, que participa de la misma naturaleza de otros procedimientos especiales, rápidos e inmediatos, ya instalados en nuestro sistema de justicia, sin aportar novedades ni incentivos que complementen o superen a aquéllos.

La apelación al "*probado éxito en el Derecho comparado*" del procedimiento monitorio a que alude la EM del Anteproyecto tampoco resulta convincente porque más allá de la identidad o similitud de su denominación, existen contrastes entre los procesos de este tipo en los países de cultura anglosajona y los del derecho continental, y aun entre los ordenamientos de esta área jurídica (Alemania, Italia, Francia o Portugal, por ejemplo), se constatan variables que los singularizan.

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

3.2. Quizá por ello no quepa establecer sin riesgos de error un paralelismo entre este proceso por aceptación de decreto y el previsto en el bCPP, en el que se partía de una realidad procedimental bien distinta, un Ministerio Fiscal investigador que somete su actuación al principio de

<sup>5</sup> Desde el procedimiento establecido por la Ley de 1933 para los Tribunales de Urgencia hasta la Ley 38/2002 y la LO 8/2002, de 24 de octubre, de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y de modificación del procedimiento abreviado, pasando por la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, y el vigente procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, introducido por la Ley 38/2002, de 29 de octubre, todos parten de afrontar las infracciones de escasa entidad pero de enorme afluencia que terminan congestionando los juzgados.

oportunidad reglada y un Tribunal de Garantías que vela por el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso.

Con todo, la estructura del Título III bis del Libro IV de la LECr., introducido por el Anteproyecto, y la del Título II del Libro V (De los procesos especiales) del borrador de CPP, es idéntica en ambos textos, como lo es la correlación de sus artículos, su encabezamiento y –salvo ligeras modificaciones o, mejor, adaptaciones– el contenido de su normativa. Sólo el art. 803 bis d) muestra una alteración notable y también inevitable, la remisión del decreto de propuesta de imposición de pena dictado por el Ministerio Fiscal cuyo destinatario, “*para su autorización y notificación al encausado*”<sup>6</sup> es, en el borrador CPP, el Tribunal de Garantías, y en el Anteproyecto, el Juzgado de Instrucción. A partir de los artículos sucesivos, el pre-legislador se ha limitado a trocar el nombre del órgano judicial.

Es precisamente esta circunstancia, la trasposición literal de la normativa prevista en el borrador de CPP al Anteproyecto lo que lo invalida para resultar medianamente eficaz para los fines por los que, se nos dice, ha sido incorporado a esta reforma.

En un sistema procesal como el que se introducía por medio del bCPP, en el que la instrucción corresponde al Ministerio Fiscal y se introduce el principio de oportunidad, cabría –siquiera en hipótesis– aceptar su viabilidad, el fiscal dicta el Decreto, con una acusación, para que la acepte el imputado, a cambio de no investigar más. Pero en nuestro sistema actual (que se mantiene en la reforma), donde la investigación sigue siendo competencia del Juez de Instrucción, y no se prevé modalidad alguna de incentivo penológico, este nuevo procedimiento es de todo punto ineficaz.

Además, el entorno en que ha de operar es muy diferente, porque los motivos del pre-legislador para introducir este procedimiento no son los mismos en un proyecto de reforma pensado para agilizar la justicia penal, que en un Código Procesal Penal en cuya EM se presenta como “*un instrumento eficaz para evitar actuaciones procesales innecesarias*”. Ni el contexto ni los propósitos coinciden y, sin embargo, el contenido normativo es idéntico. En tales circunstancias, el desencaje en la actual LECr. está asegurado.

3.3. El proceso por aceptación de decreto participa de las mismas características que los llamados “juicios de conformidad” y, en general, los procedimientos especiales de carácter sumario.

---

<sup>6</sup> La literalidad del art. 488 del borrador CPP y la del art. 803 bis d) del Anteproyecto es tan semejante que el pre-legislador ha olvidado introducir la terminología utilizada en el articulado de la reforma y sustituir el nombre de “encausado” que figura en el borrador por el de “sujeto pasivo” como se prefiere llamar en el Anteproyecto, sin que parezca importar el contraste de esta denominación con la del resto no reformado de la LECr., ni tampoco que términos como inculpado, imputado, acusado o, incluso, penado, sea sustituida sin más por un término de apariencia neutra, pero carente de referentes ni antecedentes en nuestros textos legales, con más carga eufemística que semántica, como “sujeto pasivo”.



coincidentes en sus causas. Implica, pues, la introducción de una restricción en un derecho cuya incorporación al elenco de los derechos del detenido se valora en positivo, pero que más tarde se restringe para un supuesto no previsto en la norma europea.

El párrafo 3º del art. 527 reformado implica que el auto de incomunicación que dicte el juez vendrá a ratificar -24 horas después- la decisión de incomunicar a un ciudadano ya adoptada por la policía o el fiscal.

Según el Informe, es nuevamente el art. 7.4 de la Directiva 2012/13, el que autoriza la reforma. Dicha norma (cabe insistir: en el marco de un Directiva sobre el derecho a la información en los procesos penales, aún no traspuesta y que este Anteproyecto no traspone), es aplicable a los supuestos previstos en los ordinales 2 y 3 del artículo 7, es decir, no lo es cuando el interesado está detenido o preso (art. 7.1), y establece lo siguiente: "*podrá denegarse el acceso a determinados materiales... Los estados miembros garantizarán que... sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial*" (subrayado añadido).

Por lo tanto, y sin perjuicio de que nos hallamos ante un precepto restrictivo de derechos y limitativo del ejercicio de la jurisdicción que podría contrariar lo establecido en el art. 17.2 CE, cabe reseñar que ha sido introducido a partir de los dictados de una Directiva que no se traspone, respecto de una norma que se aplica a los "sospechosos" y "acusados" (en la terminología de la propia Directiva) no privados de libertad; que se refiere solo a una manifestación del derecho de defensa (la información), y además desde postulados de mínimos: el mero control judicial de una medida de enorme calado en términos de derechos fundamentales ya adoptada desde instancias no judiciales.

2. Los argumentos incluidos en el Informe, su desvinculación con las previsiones actualmente vigentes en los arts. 509 y 520 bis.2 - que aquí no se comparten - no harían sino abundar en la necesidad de que la reforma del vigente art. 527 no se lleve a efecto o que se ajuste de forma estricta a los términos de la Directiva 2013/48, es decir, a los derechos en ella concernidos y para el ámbito causal y temporal en ella consignado.

3. Es preciso indicar que el Anteproyecto hubiera sido -hubiera debido ser-, además del canal para propiciar el necesario ajuste del derecho interno con la normativa procedente de la Unión Europea, la vía para poner en marcha las diversas medidas que vienen instando al Estado español desde hace años, por parte de diferentes organismos internacionales para la prevención de la práctica de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes<sup>7</sup>, entre las que destaca la necesidad de suprimir el régimen de

---

<sup>7</sup> Por citar algunos, el Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT/Inf (2013) 6), p.39; el Informe del Relator Especial de la ONU tras la visita a España en 2003 sobre la cuestión de la tortura (E/CN.4/2204/57/Add.2, p. 67 y ss.); el Informe del Relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y

incomunicación en la medida en que puede dar lugar a violaciones de los derechos humanos o, en otro caso, introducir en la LECr. Determinadas provisiones destinadas a minimizar sus efectos, como que "los detenidos consulten a un médico de su elección, a que se notifique su detención y su paradero a sus familias u otras personas al menos cuando hayan transcurrido 48 horas, y a que tengan una vigilancia por vídeo las 24 horas del día en las zonas de detención"<sup>8</sup>, así como que se registre protocolizada y minuciosamente su custodia.

La reforma de la LECr. debería asimismo haber atendido e introducido en su articulado otra de las medidas que con más insistencia se recomiendan por los organismos internacionales de los derechos humanos, la "supervisión judicial adecuada de las personas que se encuentran bajo detención incomunicada"<sup>9</sup>, mediante, entre otras, la previsión de que sean llevadas a presencia judicial antes de que se ordene la prórroga detención más allá de las 72 horas.

### **III. EL COMISO, SU REFORMA SUSTANTIVA Y PROCESAL. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.**

1. Como afirma el epígrafe V de la EM del Anteproyecto, la regulación del procedimiento del comiso autónomo que introduce "ha de ponerse en contexto con las modificaciones del decomiso que por su parte introduce la reforma del Código Penal".

Cabe suponer que el pre-legislador se está refiriendo al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, PrCp), derivado de la segunda versión del Anteproyecto de abril de 2013 que, tras su paso por el Consejo de Estado y su aprobación en Consejo de Ministros, se halla en trámite legislativo desde hace un año en el Congreso de los Diputados (Proyecto de Ley 121/000065). En él se introduce la tercera reforma del comiso sufrida por el Código Penal de 1995 (CP), la de mayor calado, sin duda, ya que afecta a todas las modalidades de comiso. Según se afirma en la EM del PrCp, "la reforma toma en consideración tanto la regulación actualmente contenida en la Decisión Marco 2005/212/JAI, actualmente en vigor, como en la nueva Directiva europea sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia de la Unión Europea que se encuentra actualmente en fase de tramitación". Pero lo cierto es que el PrCp solo se ha basado en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del

---

las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Misión a España, Doc. A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008; las observaciones del Comité contra la Desaparición Forzada CED/C/ESP/CO/1, de 12 de diciembre de 2013; o el Informe de Nils Muiznieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa tras su visita a España, en 2013 (COmm DH (2013)18, de 9 de octubre), p. 146.

<sup>8</sup> Informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Sr. Muiznieks, p. 146.

<sup>9</sup> Id. ant., p. 102.

Consejo, sobre embargo preventivo y el decomiso de los productos de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2012, porque la Decisión Marco 2005/212/JAI ya sirvió en su día para justificar la segunda reforma del comiso en el CP llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (LO 5/2010), como se declara en su Preámbulo: "*De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito...Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso...*". La Propuesta de Directiva recibió 127 enmiendas que se debatieron en el Parlamento Europeo<sup>10</sup>, y dio como resultado la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (en adelante, la Directiva).

Es esta Directiva la que sirve de fundamento al pre-legislador del Anteproyecto para la introducción del procedimiento de decomiso autónomo, según la EM. Nada dice, sin embargo, de los motivos que justifican una modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal introduciendo dos artículos nuevos que se solapan con los que, a su vez, se propone incorporar al CP el Proyecto de LO que lo reforma.

Conviene tener todos estos antecedentes en cuenta a la hora de emitir opinión acerca del tratamiento del comiso en este Anteproyecto, subrayando dos aspectos relevantes a tal efecto:

1) Que introduce, según su EM, "*un proceso de decomiso autónomo que permita la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado*" (subrayado añadido).

2) Que tal novedad procesal se debe enmarcar, como también se afirma en la EM, "*en el contexto*" de la reforma del CP aún no aprobada cuando se emite el informe del Anteproyecto.

Es por ello que conviene conocer las interacciones mutuas de dos textos legales aún no vigentes que, llamados a complementarse, en esta concreta materia más bien se interfieren y, a veces, se contradicen.

2. La modificación del Instituto del "comiso" por el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal.

a) En el *aspecto sustantivo*, las modalidades de comiso contempladas en el PrCp son las siguientes:

- El comiso basado en sentencia condenatoria, bien el directo o bien el comiso por sustitución (o por el valor equivalente de otros bienes), regulado actualmente en el art. 127.1 y 3, y contemplado en los arts. 127 y 127 ter del PrCp.

---

<sup>10</sup>En el seno del Comité de Libertades civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (Informe de Mónica Luisa Macovei), sobre el texto aprobado por la Comisión (2012/0036 (COD) 08.01.2013).

- El comiso ampliado, del vigente art. 127.4 CP, reformado mediante el art. 127 bis del PrCp.
- El comiso no basado en sentencia, del actual art. 127.4, modificado por el PrCp, en el art. art. 127 ter).
- El comiso de bienes de terceros, previsto en el art. 127.1 CP vigente y que se reforma en el PRCP, art. 127 quater.
- El comiso en fase de ejecución por valor equivalente, regulado "ex novo" en el PRCP 127 quinquies.

b) En el *aspecto procesal*, la Disposición Final 2ª del PrCp modifica la LECr, en lo que aquí interesa, para, en su epígrafe 9º, introducir un nuevo Título VIII en el Libro IV con la rúbrica "Del procedimiento de comiso". En el epígrafe 10º se crea un Capítulo I con la rúbrica "*De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el comiso*", integrado por los nuevos artículos 846 bis a) a 846 bis d). Y en el epígrafe 14º se introduce un nuevo Capítulo II con la rúbrica "Del procedimiento autónomo de comiso", en el que se integran los nuevos artículos 846 bis e) al 846 bis g), que servirá, entre otras funciones, "*de cauce a las pretensiones de comiso de bienes o efectos del Ministerio Fiscal en los supuestos de comiso sin condena*" aunque su ámbito de aplicación resulta ser más amplio.

Hasta la aprobación del Anteproyecto que reforma parcialmente la LECr., estas eran las previsiones procesales y sustantivas en torno al comiso, contempladas en el PrCp, tomando en consideración la normativa europea.

Sin haber sido aprobado el Proyecto de LO ni sufrir en el trámite legislativo en el Congreso de los Diputados más alteraciones que la prevista en la enmienda nº 865 del Grupo Parlamentario del Partido Popular, aceptada por la Mesa del Congreso a la que más adelante nos referiremos, la súbita aparición del Anteproyecto de reforma parcial de la LECr. ha producido un cambio procesal y sustantivo de importantes características, en relación no ya con la situación *de lege data* sino también con las previsiones *de legeferenda*, como veremos a continuación.

3. La ulterior modificación del Código penal por el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Disposición Final Segunda.

3.1. El Anteproyecto parece partir de la base de la vigencia del CP reformado por el PrCp. De otro modo, no se explica que en su Disposición Final 2ª., dedicada a la modificación del CP, ésta se concrete en la introducción de dos nuevos artículos, el art. 127 quinquies y el art. 127 sexies, dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación del comiso ampliado más allá del establecido en el art. 127 bis del PrCp, y al establecimiento de presunciones legales en relación con los bienes y efectos o ganancias afectados por el comiso ampliado.

Sin embargo, el art. 127 quinquies del PrCp está –como hemos dicho– dedicado al comiso por valor equivalente en fase de ejecución y el art. 127 seis del PrCp se ocupa del embargo y depósito de los bienes, medios o ganancias, su realización anticipada o utilización provisional y su adjudicación al Estado, una vez realizados.

En la tramitación parlamentaria, el art. 127 bis fue objeto de una enmienda, aceptada por la Mesa, la número 865, como ya se ha dicho, que eliminó los números 2, 3, 4 y 5 del art. 127 bis, y cuya justificación se limitó a indicar: “*Modificación necesaria para ajustar el articulado reformado*”<sup>11</sup>. Ni el art. 127 quinquies ni el 127 seis han sido enmendados por el Grupo Parlamentario Popular, ni modificados durante la tramitación parlamentaria.

Por lo tanto, el pre-legislador ha solapado los números de artículos introducidos por un Anteproyecto sobre un texto legal aún no aprobado, y ha derogado –antes de su entrada en vigor– dos artículos del PrCp, al vaciarlos de contenido. Con ello ha generado el insólito efecto de que en estos momentos se desconoce el ámbito de aplicación del procedimiento de comiso<sup>12</sup>, así como el verdadero alcance y contenido de la regulación del comiso en el CP que se nos propone, más allá del dato fácilmente constatable de que la modificación de esta institución que, en suma, resulta de ambos textos, excede con mucho los requerimientos de trasposición de la Directiva, la cual, paradójicamente, resulta solo parcialmente traspuesta, y compromete, como ahora veremos, derechos y garantías sustantivos y procesales así como el principio de proporcionalidad, cuya vigencia en esta materia resulta incuestionable y merecedora de reconocimiento legal por medio de un artículo, el 128, no modificado ni en el PrCp, ni en el Anteproyecto.

---

<sup>11</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-2, 10 de diciembre de 2014, pág. 568.

Los números eliminados disponían:

“(…) 2. A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: 1º. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2º. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3º. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior [*el comiso por sustitución*].

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento.

5. El comiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

<sup>12</sup>¿A cuál artículo 127 quinquies se refiere? ¿dónde se hallan ahora las provisiones que se regulan en los artículos 127 quinquies y sexto del PrCp?

3.2. Esta es la primera y principal objeción a la nueva modificación del art. 127 del CP contenida en el Anteproyecto. La ampliación ilimitada de su ámbito de aplicación mediante la técnica de extender la posible afectación del comiso ampliado a todos los tipos legalmente previstos en el CP si se cumplen los requisitos legales previstos, cuando ya la extensión del comiso ampliado regulado actualmente en el art. 127.1 párrafo 2 CP, a los tipos relacionados en el art. 127 bis del PrCp, se tildaba de excesiva<sup>13</sup>, atendidos los delitos a los que se aplica la Directiva<sup>14</sup>, y la finalidad pretendida que no es sino incrementar la eficacia de la lucha contra la delincuencia grave y/u organizada.

El artículo 127 quinquies del Anteproyecto extiende el ámbito de aplicación del comiso a los bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado (la referencia al "demandado" del texto del Anteproyecto debería, en su caso, corregirse) por alguno de los delitos del art. 127 bis del PrCP si se estima "continuada" con arreglo a los parámetros de su número 2 y si existen los indicios que el precepto detalla que permitan suponer que "una parte relevante" del patrimonio del condenado (la referencia al "penado" en el texto también habría de modificarse) procede de esa actividad delictiva previa, con el solo límite de que el beneficio obtenido supere los 6.000 euros.

El artículo 127 sexies del Anteproyecto establece una serie de presunciones acerca del origen y naturaleza de los bienes adquiridos por el condenado que añaden un plus de rigor al precepto anterior y una carga procesal que supera lo recomendado o propuesto por el Parlamento europeo o la Comisión sobre la conveniencia de reducir la carga de la prueba respecto del origen de los activos en manos de los condenados por delitos relacionados con la delincuencia organizada<sup>15</sup>, en primer lugar, porque - como decimos- la previsión legal se extiende a todo tipo de delitos, y en segundo lugar porque implica la inversión de la carga de la prueba, obstaculizando el derecho de defensa y otorgando, por tanto, ventajas a la acusación.

En suma, la modificación del CP que introduce el Anteproyecto, ni siquiera explicada por el pre-legislador, viene a extender el comiso a toda clase de delitos, más allá de los relacionados con la delincuencia grave y/u organizada, y termina de desnaturalizar la institución en la concepción dada en el CP de 1995, recuperando características propias de las penas

<sup>13</sup> Teniendo en cuenta que por la ubicación del tipo tras el art.127, se refiere a los delitos imprudentes y que, en virtud de la enmienda 865 citada, los delitos contra la salud pública abarcan desde el art. 361 y no 368 como en el Proyecto original.

<sup>14</sup> Los que se corresponden con los Instrumentos enumerados en su artículo 3, coincidentes con los del art. 83.1 TFUE: corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea; falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo; terrorismo; blanqueo de capitales; corrupción en el sector privado; tráfico ilícito de drogas; ataques contra el sistema de información; delincuencia organizada; trata de seres humanos, abusos sexuales y explotación sexual de los menores y pornografía infantil.

<sup>15</sup> Entre otros, la Resolución del Parlamento Europeo sobre delincuencia organizada de 25 de octubre de 2011.

pecuniarias que el legislador de 1995 había pretendido superar<sup>16</sup>. Por sí esto fuera poco, la exasperación del rigor punitivo que la aplicación de estas normas implica, supera con creces la mera trasposición de la Directiva 2014/42/UE y el alcance –ya en sí considerado por muchos excesivo- de la reforma del comiso en los términos planteados en el PrCP.

4. La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el Anteproyecto de reforma de la Ley. Artículo único. Diecinueve.

4.1. La EM del Anteproyecto se refiere a la Directiva 2014/42/UE como el origen de la regulación que incorpora en la LECr. el procedimiento de comiso autónomo.

Lo mismo se indica en la MAIN, cuyas escasas referencias a este procedimiento se limitan a mencionar la norma de la Unión Europea, y cuyo Anexo incluye la tabla de trasposición de la Directiva. Así, en concreto, indica que sus artículos 4 a 9 han sido traspuestos a la LECr. en los artículos 803 ter 1 a 803 ter 14, algo que, sin embargo, en puridad, no se ajusta a la realidad. Los artículos 4 a 7 de la Directiva 2014/42/UE regulan, respectivamente, el decomiso, el decomiso ampliado, el decomiso de bienes de terceros y el embargo. Las menciones de la Directiva al procedimiento de comiso se ciñen a los artículos 8 y 9. En el artículo 8, dedicado a las garantías, los primeros cinco epígrafes se refieren al embargo, materia que no se regula en los artículos 803 ter 1 y ss. del Anteproyecto, y la primera mención a los órganos judiciales y las vías de impugnación no se produce hasta llegar a sus epígrafes 6 y 8; a su vez, los epígrafes 7, dedicado a los abogados, el 9, a los derechos de terceros y el 10, a los derechos de las víctimas, no encuentran traslación expresa en el nuevo Título III ter del Libro IV de la LECr. Por otra parte, el artículo 9 de la Directiva se refiere al decomiso y la ejecución de efectivos, materia tampoco regulada en este Anteproyecto.

Por lo tanto, el nuevo Título III ter traspone, y solo parcialmente, la Directiva, o, mejor dicho, la Directiva apenas se ocupa del procedimiento de comiso y, desde luego, no menciona un procedimiento autónomo que solo tiene sentido si, articulado en la jurisdicción penal, se refiere al comiso sin sentencia. Algo en lo que el Anteproyecto se excede notablemente.

De "*lege ferenda*" no es la primera vez que el pre-legislador aborda desde el punto de vista procesal el comiso. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborado en 2011 regulaba el comiso entre las medidas cautelares reales así como la oficina de recuperación de activos como Policía Judicial con la función de "*localización, conservación,*

---

<sup>16</sup> Partiendo de la idea de que el comiso de efectos e instrumentos tiene carácter de pena cuando no atiende a criterios de peligrosidad del objeto sino del infractor. Su fundamento deja de apoyarse en motivos de seguridad relacionados con objeto decomisado para hacerlo sobre motivos de represión sobre el responsable del delito.

*administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal o infracciones contra el patrimonio que revistan notoria gravedad y perjudiquen a una generalidad de personas"* (art. 436.2). También preveía la eventual intervención en el proceso penal de terceros interesados, y dedicaba un capítulo completo a la ejecución del comiso en el título dedicado a la ejecución de penas de contenido patrimonial del Libro IX, "De la ejecución penal".

A su vez, el bCPP de 2012, como se indicaba en su EM, calificaba la regulación del procedimiento de decomiso autónomo de "novedad" pensada para "dar respuesta" a un problema sin resolver, "el destino de los bienes, efectos o instrumentos del delito cuando por fallecimiento, rebeldía o incapacidad no pudiera celebrarse el juicio contra el imputado". También regulaba el llamado "comiso provisional" entre las medidas cautelares reales (art. 224), y la oficina de recuperación de activos, para "la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas" (art. 225). La propia EM del bCPP resume certeramente este procedimiento:

*"Solo se acudirá al procedimiento de decomiso autónomo por el Fiscal y cuando no se celebre juicio oral penal para ninguno de los imputados. Si existe juicio para algún acusado, el proceso de decomiso para los no enjuiciadosse acumulará a aquél.*

*El proceso de decomiso autónomo se resolverá mediante sentencia. Si finalmente llegara a ser posible el enjuiciamiento penal del responsable no será necesario el pronunciamiento sobre el comiso, ya efectuado. Si la sentencia penal de fondo fuere contradictoria con el pronunciamiento de decomiso existirá causa de revisión de esta última"* (subrayados añadidos).

Como se ha indicado más arriba, el PrCp, en trámite de aprobación legislativa, ha previsto la introducción en el nuevo Título VIII del Libro IV de la LECr., en su capítulo II, el procedimiento autónomo de comiso. Este nuevo procedimiento puede promoverse por el Ministerio Fiscal en dos momentos procesales distintos: después de sentencia condenatoria firme, si la Fiscalía interesó meramente el comiso en su acta de acusación o dispone de indicios que le permitan fundar una pretensión de comiso, o bien sin sentencia de condena, en el supuesto previsto en el art. 127 ter del PrCp<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Art. 127 ter PrCp: "El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos.
- b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
- c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

El comiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de

Así pues, este procedimiento autónomo se establece no solo para los casos del art. 127 ter PrCP, sino también, como se señala en la EM del PrCP, para *“aquellos otros supuestos en los que ello facilite un desarrollo más rápido y ágil del proceso penal o resulte oportuno para facilitar el comiso de bienes y efectos procedentes de actividades delictivas que, por cualquier razón, no hubiera podido solicitarse con anterioridad”*. Se prevé asimismo que el procedimiento se desarrolle conforme a las normas del juicio verbal civil, y se resuelva mediante sentencia dictada por el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de los hechos en los que se funde la pretensión del comiso, siendo aquélla impugnabile en apelación o casación.

Es confusa también la situación en que ha de considerarse esta normativa proyectada. El nuevo Título VIII de la LECr. previsto en el Proyecto ha sido dejado sin efecto, vaciado de contenido antes de su aprobación y entrada en vigor, por medio de las previsiones del Anteproyecto, como en ocurre con la reforma de la reforma del CP, y también como sucede con la reforma de la reforma del artículo 127, supera con creces la extensión de su ámbito de aplicación, ya apreciada respecto de las previsiones del PrCp.

Con tales precedentes y a partir del propósito declarado por el pre-legislador -trasponer la Directiva 2014/42/UE- se estará en mejores condiciones de valorar la regulación del procedimiento autónomo de comiso contenida en el Anteproyecto aquí examinado.

4.2. El Anteproyecto, en el equívoco *“contexto”* (como se expresa la EM del Anteproyecto) de la reforma en dos tiempos del CP más arriba descrita, se ocupa de regular -aparentemente *“ex novo”*- el procedimiento de decomiso autónomo, mediante la introducción en el Libro IV de un Título III ter.

Dos cuestiones llaman la atención, en una primera aproximación a la regulación del procedimiento:

- Que en la tramitación parlamentaria del PrCp no se hayan introducido enmiendas por parte del Grupo Parlamentario Popular a la Disposición Final 2ª que en sus epígrafes 9 a 14, como se ha dicho, ha introducido un nuevo Título en el Libro IV y dos Capítulos regulando el procedimiento del comiso. Así pues, en estos momentos, existen dos propuestas provenientes del mismo partido político (el que gobierna y el que integra el GP Popular en el Congreso de los Diputados) para regular el procedimiento de comiso no sólo situadas en dos proyectos de reforma de leyes orgánicas distintas, sino -a su vez- diferentes entre sí.

- Que, frente a lo que se declara en el epígrafe V de la EM del Anteproyecto y cabe inferir de su último inciso, el procedimiento autónomo no se refiere al comiso no basado en sentencia sino, por el contrario, unifica

---

criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el párrafo anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

el tratamiento procedimental de todas las clases de comiso contemplados en la reforma del CP bajo un mismo ritual procesal.

La tramitación se apoya en la contenida en el borrador de CPP pero resulta más amplia y confusa. Se mencionarán a continuación los aspectos más destacadamente cuestionables contenidos en este nuevo procedimiento, así como aquéllos que, previstos en la Directiva que se dice trasponer, no han sido trasladados al Anteproyecto.

4.3. El artículo 803 ter a regula su *objeto*. Su número 1, como potestad, se refiere a "*la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad*". El número 2 concreta los supuestos, ya con carácter imperativo, para referirse:

1.- Al comiso interesado por el fiscal en su escrito de acusación para ser ventilado a través de este procedimiento, que sólo cabe iniciar cuando el procedimiento acabe con condena.

2.- Al comiso ampliado del art. 127 bis del PrCp.

3.- Al comiso sin condena del art. 127 ter del PrCp.

4.- Al comiso de terceros del art. 127 quáter del PrCp.

5.- Al comiso del art. 127 quinquies previsto –hay que suponer– en el propio Anteproyecto<sup>18</sup>, es decir, el comiso vinculado a la actividad delictiva previa del condenado por alguno de los delitos a que se refiere el art. 127 bis del PrCp.

Si sometemos este artículo a comparación con el que en el bCPP regula el objeto del mismo procedimiento, la diferencia no precisa explicarse: "*Artículo 547.- Objeto. Constituye el objeto del proceso de decomiso autónomo la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad absoluta para comparecer en juicio*".

La ampliación del objeto, no explicada en la EM del Anteproyecto, desvirtúa el sentido de este procedimiento y lo desvía peligrosamente de su naturaleza excepcional, dirigiéndolo hacia un modelo de procedimiento *sustitutivo* del proceso penal ordinario en los supuestos de comiso con sentencia, y *general* para todos los demás.

4.4. Además del inconveniente de que el juez o tribunal penal que hubiera dictado la sentencia firme de condena o competente para el enjuiciamiento de la causa penal (art. 803 ver b) haya de seguir un juicio civil que se desarrolla conforme a las normas del juicio civil ordinario (art. 433 LECr., ex 803 ter j, aunque en contradicción, como señala el informe, con el art. 803 ter c), –quizá única fórmula para dar cabida en el proceso al acusado rebelde –en este caso, demandado–, el *régimen de recursos*

<sup>18</sup> El mismo artículo en el PrCp regula el comiso por sustitución en fase de ejecución.

también sufre las consecuencias de la mezcolanza de procesos al serle de aplicación “*las normas reguladoras de los recursos aplicables al proceso penal abreviado*” (art. 803 ter m).

4.5. La *intervención de terceros afectados por el comiso* se resuelve desde este procedimiento a partir de la iniciativa exclusiva del Ministerio Fiscal; no cabe instarse de oficio ni a solicitud de aquéllos. Tampoco se regula su intervención en el proceso penal, como sí ocurre en el mencionado capítulo I del Título VIII del Libro IV de la LECr., introducido en el PrCP, que en esencia regula la presencia en el proceso penal de terceros eventualmente afectados por el comiso y que se opongan a él, que podrá decretarse por el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, si se dan los requisitos establecidos y no les afectan las excepciones previstas en la norma<sup>19</sup>.

4.6. La *acumulación* de la acción -civil, como se ha dicho- de decomiso en la causa -penal- seguida contra otro “sujeto pasivo”, no se regula más que para declararla factible (art. 803 ter o), ni resulta fácilmente practicable desde los planteamientos y previsiones contempladas en esta reforma, tan diferentes de las que sustentan la normativa prevista en el bCPP a partir de un procedimiento establecido “a hoc” al que le son de aplicación supletoria las normas del procedimiento penal ordinario (art. 546 borrador CPP).

4.7. La extensa regulación del *embargo* contenida en la Directiva 2014/42/UE queda reducida en el Anteproyecto, ex Disposición final primera, a la modificación del art. 20.7 de la Ley Hipotecaria, para introducir una excepción en los procedimientos criminales y en los de decomiso a la regla general que impide la anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer si el titular registral es persona distinta de aquella contra la que se dirige el procedimiento que adolece de las insuficiencias y limitaciones que se indican en el Informe.

5. En suma, la trasposición de la Directiva europea que justifica la reforma contenida en el Anteproyecto del CP, de la LECr. y de la Ley Hipotecaria, es -como se ha indicado- paradójicamente excesiva en algunos extremos e insuficiente o inexistente en otros.

Además, no está contextualizada ni coordinada con las reformas del art. 127 CP ni del Libro IV, contenidas en el PrCP.

Finalmente, la aplicación *excepcional* del procedimiento de comiso autónomo no está garantizada, y es preciso que así sea porque solo restringiendo su ámbito de aplicación se evita el riesgo cierto de que se termine convirtiendo en una alternativa al proceso penal, que termine eximiendo a la acusación de demostrar la comisión de infracciones penales,

---

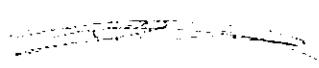
<sup>19</sup> El tercero afectado sería, así, citado al juicio pudiendo asistir por medio de su representación legal y sin que su incomparecencia impida la continuación. Se le notificaría la sentencia en que se acuerde el comiso aun no habiendo comparecido al juicio, y estaría legitimado para interponer contra aquélla recurso de apelación.

de que así sea declarado por un juez o tribunal penal y de que sus responsables sean castigados criminalmente. Que se termine convirtiendo, en fin, en un procedimiento meramente confiscatorio. El proceso autónomo habría de concebirse y regularse para que entre en funcionamiento solo cuando el procedimiento penal no pueda desarrollarse con normalidad ni terminar con una sentencia que resuelva simultáneamente sobre la responsabilidad penal y el comiso.

Por ello la opción del pre-legislador de regular el procedimiento del comiso articulado en el orden jurisdiccional penal, en principio, podría llevarnos a suponer que constituye una garantía para evitar que el procedimiento autónomo termine erigiéndose en principal y ordinario respecto del penal, ya que siempre requerirá una prueba que permita relacionar los bienes con el presunto delito cometido. Sin embargo, en este caso, no es posible llegar a tal conclusión. La razón fundamental estriba en que el ámbito de aplicación del procedimiento del Anteproyecto excede el del comiso sin sentencia penal y, por lo tanto, invade innecesariamente el ámbito de proceso penal, sin garantizar su mayor agilidad y eficiencia ni tampoco la preservación de los derechos de los intervinientes en el proceso, infractores, víctimas del delito y posibles terceros afectados.

Todos estos motivos justifican que a través de este voto me separe de las conclusiones del Informe y considere más consecuente instar la retirada de la normativa proyectada y su replanteamiento, para hacerlo más ajustado a la Directiva que pende de trasposición, corrigiéndose asimismo las contradicciones y defectos de técnica y coordinación legislativa observados.

Madrid, 14 de enero de 2015.

  
Fdo. M<sup>a</sup> CONCEPCIÓN SÁEZ RODRÍGUEZ  
Vocal del CGPJ