

Capítulo 11

LA PRIMERA COMPARECENCIA DE LA PERSONA INVESTIGADA

OLGA FUENTES SORIANO

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad Miguel Hernández*

SUMARIO: I. CONCEPTO Y REGULACIÓN. II. RASGOS FUNDAMENTALES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La primera comparecencia de la persona investigada es un nuevo trámite, previsto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, para poner su conocimiento que se ha abierto un proceso penal frente a ella y comunicarle sus derechos y los cargos que se le imputan. ~~En~~El objetivo de este trabajo es presentar esta figura reconduciendo a diez puntos clave los elementos característicos que van a marcar su diseño y regulación.

Palabras clave: Derecho de defensa; abogado; fase de instrucción; imputación.

ABSTRACT

“La primera comparecencia de la persona investigada” is a new procedure of the APLECrim 2020. The purpose is to inform the suspect that he or she is the subject of a criminal investigation and to inform he/she about his/her rights and the charges against him. This work summarizes in ten key points its main characteristics

Keywords: Right of defense, attorney, instruction phase, charges.

I. CONCEPTO Y REGULACIÓN

La primera comparecencia de la persona investigada es un nuevo trámite, previsto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (APLECrim), que tendrá lugar en la fase de investigación, una vez abierto formalmente el procedimiento y cuyo objeto es poner en su conocimiento el seguimiento de un proceso penal frente a ella y los cargos por los que está siendo investigada; equivale, en cierto modo y salvando múltiples

distancias, según se expondrá a continuación, a la actual imputación de la LECRIM al menos en su objetivo y significado.

La previsión del Anteproyecto es que el trámite tenga carácter oral y se ventile en una comparecencia en la que estarán presentes el Ministerio Fiscal, la persona investigada y su abogado. Se encuentra regulada en los artículos 557 a 561 del Anteproyecto, y si bien está concebido como un acto esencial para la defensa de la persona investigada, el APLECrIm distingue claramente entre dicho acto procesal (“la primera comparecencia de la persona investigada”) y su toma de declaración que, como diligencia de investigación que es —igualmente encaminada a la defensa—, se regula en otro momento del texto legal (concretamente, arts. 317 a 323)¹. La previsión del Anteproyecto, pues, es que, en principio, no se tome declaración a la persona investigada en la primera comparecencia salvo que ésta así lo manifieste expresamente (art. 557.2). La inminente designación de letrado al efecto de garantizar su presencia en este acto procesal y el reciente —y, por tanto, parco— conocimiento que, inevitablemente, tendrá del asunto hacen prever que, como norma general, aconsejará éste demorar la toma de declaración al momento procesal inicialmente previsto por la norma.

II. RASGOS FUNDAMENTALES

Tal y como aparece configurada, no es aventurado sostener que la primera comparecencia de la persona investigada va a convertirse en el eje fundamental en torno al que pivotará el derecho de defensa en la fase de investigación y a cuyo desarrollo, por tanto, los abogados deberán prestar una especial atención.

De la regulación proyectada es posible extraer sus principales rasgos fundamentales, reconducidos a las diez características que se anotan a continuación:

1. Supone comunicar a la persona investigada que, efectivamente, lo está siendo; es decir, que se ha abierto un proceso penal frente a ella.

¹ Sobre la toma de declaración al investigado en el contexto de un sistema procesal penal de investigación a cargo del Fiscal tuve ocasión de pronunciarme en “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal”, *Nuevos retos de la Justicia Penal* (ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs.), La Ley, Wolters Kluwer, 2008, págs. 161 y ss.

Esa comunicación implica informarle de todos los derechos que le asisten, de los concretos hechos delictivos que se investigan y, en suma, de los cargos que, provisionalmente, se le imputan. Se da cumplimiento con ello al derecho de la persona investigada a estar informada y a conocer sus derechos y la investigación; último extremo éste, que supone no sólo el derecho de acceso a las actuaciones sino, con carácter previo, el derecho a conocer los hechos punibles que se le imputan y su calificación provisional (art. 14)². Precisamente a fin de garantizar de manera efectiva el derecho al conocimiento de la persona investigada prevé el Anteproyecto que cuando por la complejidad de la investigación la información verbal no asegure su adecuada comprensión se deberán comunicar por escrito los hechos investigados y su calificación provisional, dejando constancia de ello en el acta que se levante al efecto (art. 557.3)

2. El traslado de cargos, aunque sean provisionales, tendrá carácter vinculante para el fiscal por cuanto marcarán los términos de, en su caso, la posterior acusación. En tal sentido, cualquier posible modificación (objetiva o subjetiva) que derive del curso de la investigación habrá de comunicarse de nuevo e inmediatamente a la persona investigada, a través de otra comparecencia, sujeta a los mismos requisitos y con las mismas consecuencias. Se reiterará, por tanto, esta comparecencia tantas veces como resulte necesario modificar o imputar nuevos cargos, a la misma o a otra nueva persona investigada, a la vista de la evolución que la investigación imprima sobre el objeto del proceso (art. 561).
3. La primera comparecencia desarrollará, asimismo, un rol importante de cara a la tramitación ágil del proceso. A imagen y semejanza de lo que actualmente sucede en relación con el procedimiento abreviado, se requerirá a la persona investigada para que designe un domicilio o una persona a efectos de recibir las notificaciones con la

² Sobre la extensión que cabe dar al derecho a tomar conocimiento de lo actuado para dar cumplimiento al derecho de defensa, *vid.* STS (Sala 2ª) 312/2021 de 13 abril y el comentario que sobre ella realiza DOLZ LAGO, M. J., “Caso acceso a las investigaciones preprocesales”, Diario La Ley, Nº 9898, Sección Comentarios de jurisprudencia, 23 de julio de 2021.

advertencia de que, las que así se practiquen, serán válidas y permitirán la celebración del juicio en ausencia.

4. Con la primera comparecencia nace el derecho de defensa formal del investigado. Así, aunque, como se ha visto, la toma de declaración se efectúe en un momento posterior a la primera comparecencia, la persona investigada deberá acudir a ella asistida de abogado, con lo que si no designara libremente uno de su confianza se procederá al nombramiento de abogado de oficio (art. 557.2)³.
5. La primera comparecencia de la persona investigada marca el inicio del cómputo de los tiempos razonables o de “duración normal” de la investigación⁴. Cabe advertir a este respecto que, aunque no se establecen ya en el APLECRim plazos máximos genéricos de duración de la investigación, sí se regula un incidente⁵, puesto a disposición de la defensa, para que ésta pueda solicitar el amparo del Juez de garantías cuando considere que una investigación se está demorando más allá de lo razonable una vez transcurridos 12 meses (o 18 si son investigaciones de la AN o de fiscalías especiales) desde, precisamente, el momento de celebración de la primera comparecencia⁶.

³ Esta regulación resuelve el conflicto sobre el momento en el que debe nacer el derecho de defensa de manera ciertamente satisfactoria. La inicial tendencia a retardar este momento ha sido una constante de los distintos códigos procesales de nuestro entorno (singularmente Alemania o Italia; también el código procesal penal peruano con clara influencia de éstos) que paulatinamente han debido ir modificando y adelantando para dar cumplimiento al derecho de defensa. Sobre la potenciación de la intervención de la defensa en la *Indagine preliminari* del proceso penal Italiano mediante la Ley reforma llevada a cabo en Italia por la Ley 397/2000, *vid.* LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “La instrucción en el proceso penal Italiano” en GIMENO SENDRA (Coord.), *El Ministerio Fiscal director de la instrucción*, IUSTEL, Madrid, 2006. En ese mismo volumen, en relación con el proceso Alemán puede verse PERRON W. y LÓPEZ-BARAJAS, I., “El Ministerio fiscal director de la investigación en el proceso penal Alemán”; y sobre el código Procesal Penal Peruano DOIG DÍAZ, Y., “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el código procesal penal peruano”.

⁴ Así se refiere a ellos la EM del Anteproyecto (apartado LIX) cuando sostiene que “una vez transcurridos los tiempos fijados como estándares de duración normal de los procedimientos...”.

⁵ Arts. 574 a 577 APLECRim.

⁶ Sobre los problemas relacionados con la decisión de introducir plazos máximos en la instrucción, cristalizada en el art. 324 LECRIM ha sido mucho lo escrito y debatido pero una buena imagen de ello puede extraerse de la lectura de RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., “Los plazos de la instrucción, sobreesimimiento y obtención de fuentes de inves-

El incidente se iniciará a instancia de la persona investigada y tiene por objeto, según se ha manifestado, que el Juez de garantías fije un plazo para la conclusión de la investigación. Su celebración se diseña en torno a una vista en la que se dará audiencia al Ministerio Fiscal y al resto de partes del proceso. Tras ella, si el Juez de garantías estimara la petición de la defensa, fijará un plazo máximo para la conclusión de la investigación transcurrido el cual se declararán nulas todas las diligencias que se hubieran practicado con posterioridad.

6. En relación con el momento en que haya de celebrarse la primera comparecencia es lo cierto que no se establece plazo alguno como norma general, salvo para aquellos casos en que el sospechoso hubiera sido detenido. Mediando detención habrá de celebrarse la comparecencia dentro de las 72 horas siguientes, con la precisión de que si antes de que transcurriera dicho plazo el detenido hubiera sido puesto en libertad, el MF ordenará al policía responsable de su custodia que le cite a tal efecto en un plazo no superior a 10 días (art. 557).

La inevitable pregunta que se sigue de lo anterior —de la ausencia de determinación del momento de su celebración— no puede ser otra distinta de la de cuándo debe, entonces, practicarse la primera comparecencia. A tenor de lo previsto en el proyectado art. 557, la primera comparecencia habrá de celebrarse “tan pronto como sea posible”; y, necesariamente, a partir del momento en el que surjan “indicios” que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada. Cabría plantear algún problema de interpretación respecto de la solvencia, la fundamentación o la seriedad que es exigible a tales indicios. Nótese que si bien no exige el art. 557 que se trate de “indicios racionales de criminalidad”, es lo cierto que, más adelante (art. 624), cuando se regula la sanción —de

tigación”, en ASENCIO MELLADO (Dir.) *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2020, págs. 1757 a 1781; o CONDE FUENTES, J., “Tratamiento jurisprudencial de los plazos máximos de la instrucción penal”, en *Tendencias actuales del Derecho procesal*, ÁLVAREZ ALARCÓN, GARCÍA MOLINA, CONDE FUENTES y ARRABAL PLATERO (Coords.), Ed. Comares, 2019, págs. 31 a 46.

sobreseimiento— a imponer por la dilación en que pueda incurrir el Fiscal al practicar la primera comparecencia, sí se exige, sin embargo, la existencia de “indicios racionales de criminalidad”. En este sentido, entiendo que tanto la regulación del Anteproyecto en su conjunto, cuanto la consolidada interpretación Jurisprudencial en torno a los “indicios racionales de criminalidad” como fundamento de la imputación y, con ello, nuestra tradición jurídica en relación con el auto de procesamiento trasladada a la imputación del Procedimiento Abreviado, avalan la tesis de que los indicios que exige el art. 557 no pueden ser sino lo que hoy entendemos como “indicios racionales de criminalidad”.

En cuanto al momento de celebración de la primera comparecencia debe advertirse, por último, el aplazamiento de su celebración en los casos en los que se hubiera acordado el secreto de la investigación. En tales supuestos la primera comparecencia y, por tanto, el traslado de cargos se celebrará inmediatamente después de alzarse el secreto referido (art. 556.2 pfo. 2º).

A partir de lo anterior, los momentos en los que, necesariamente, habrá de celebrarse la primera comparecencia pueden concretarse en torno a los siguientes:

A. Desde que resulten de las actuaciones, indicios (rationales de criminalidad) que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada (art. 557.1). Si el proceso no se había iniciado formalmente, esta situación se dará en el momento en que el Fiscal dicte el decreto de iniciación (recuérdese en este sentido que, en cuanto haya indicios para considerar presuntamente responsable de los hechos a persona determinada, la policía remitirá el atestado al fiscal que dictará —en su caso— el decreto iniciando el procedimiento; será justo tras ello cuando proceda la celebración de la primera comparecencia). Ahora bien, si el proceso ya se había iniciado y de la investigación surgen indicios de participación de otra persona en la comisión del hecho punible, habrá que practicar de nuevo, pero frente este otro sujeto, una (nueva) primera comparecencia en ese mismo procedimiento (art. 561).

- B. Cuando se haya detenido a una persona (art. 559.1), con observación, en tal caso, del plazo máximo de 72 hs para su celebración. Si la persona quedare en libertad, se le citará para comparecer antes del transcurso del plazo de 10 días.
- C. Cuando el MF quisiera solicitar del Juez de garantías la adopción de alguna “medida cautelar personal” (art. 559.1). Resulta difícil entender la expresa mención del precepto a, tan solo, las medidas cautelares personales cuando lo previsto para las reales es que también éstas las adopte el Juez a instancia de parte “desde que resulten indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo por persona determinada” (art. 277). En consonancia con ello, resultará obligado entender, en mi opinión, que tampoco podrán solicitarse medidas cautelares reales si no se hubiera celebrado con anterioridad la primera comparecencia y con ella, el consiguiente traslado de cargos.
- D. Cuando el MF pretenda solicitar del Juez de garantías autorización para la práctica de una diligencia de investigación frente a persona determinada (art. 559.2). En este supuesto resultará en todo caso obligada la celebración de la primera comparecencia, y ello con independencia de que hubiera el Juez denegado la práctica de la diligencia de investigación.

La ponderación de los derechos e intereses en conflicto plantea en el Anteproyecto los mismos problemas que surgen en la actualidad cuando, para garantizar el éxito de la investigación, se requiere acordar el secreto de la misma debiéndose practicar en ese tiempo diligencias que no se comunican a la persona investigada⁷. De manera

⁷ El secreto de la investigación se regula en los arts. 578 a 582 APLECRim y, como novedad, cabe destacar que no tiene unos plazos máximos objetivos prefijados por el Anteproyecto. Se establece que lo acordará el Fiscal mediante decreto, fijando también en él el tiempo por el que debe mantenerse; pero ese decreto deberá ser confirmado o alzado por el Juez de garantías en el plazo de 48 de hs. A tal fin, acordado el secreto por el Fiscal remitirá éste al Juez de garantías el decreto junto con la documentación que fundamenta su decisión y si éste lo confirmara, fijará su duración. El plazo de duración del secreto fijado por el Juez de garantías podrá ser prorrogado a solicitud del MF y, según parece derivarse de la lectura del art. 580, acordada la prórroga por el Juez de garantías fijará éste un nuevo plazo, sin que se contemple en ningún momento la posibilidad de solicitar una segunda prórroga en relación con él. Habrá que entender así, que el secreto de la investi-

especialmente taxativa exige el Anteproyecto la previa celebración de la primera comparecencia cuando la adopción de esas medidas (*v.gr.* las cautelares) o diligencias necesitan de autorización judicial. Como se ha tenido ocasión de exponer, la declaración de secreto obliga a aplazar la celebración de la primera comparecencia hasta tanto se alce el mismo y la solución —como no podría ser de otro modo— no dista en absoluto de la que se aplica en la actualidad. De los tres escenarios posibles —1) acordar la práctica de la diligencia o medida sin haber celebrado la primera comparecencia y sin haber realizado el traslado de cargos; 2) alzar el secreto, practicar la primera comparecencia y solicitar entonces la diligencia o medida; y 3) mantener el secreto por el tiempo acordado sin practicar aquellas diligencias o medidas que requieran de autorización judicial hasta su alzamiento—, entiende el APLECrIm justificado en aras de salvaguardar el buen fin de la investigación, limitar temporalmente los derechos del investigado autorizando la práctica de diligencias o medidas de las que sólo se le informará una vez alzado el mismo (art. 559.2).

7. Aunque, ciertamente, no fija el Anteproyecto un plazo concreto para la práctica de la primera comparecencia, sí se establece una sanción por la dilación indebida de su celebración. La regulación de la misma se encuentra en el art. 624 estableciéndose una doble sanción en función de la gravedad de las consecuencias derivadas de la demora. Así, la sanción podrá consistir en la nulidad de aquellos materiales probatorios obtenidos sin intervención de la defensa, que no habrá podido participar, precisamente, por ese retraso malicioso o injustificado en la celebración de la primera comparecencia; o consistirá en el sobreseimiento en aquellos supuestos más graves en los que el retraso indebido de la comparecencia hubiera impedido a la defensa alegar, proponer o aportar elementos de descargo relevantes o irreproducibles con posterioridad.

gación sólo es susceptible de ser prorrogado en una ocasión. Establece literalmente el art. 580 que "(...) de estimarse la petición [*de prórroga del Fiscal*] en la misma resolución se fijará el plazo máximo de la prórroga del secreto" complementando esta disposición el art. 582.3 al establecer que "serán nulas las actuaciones y actos procesales realizados una vez transcurrido el plazo máximo del secreto, si este no se hubiera alzado".

La imposición de ambos tipos de sanciones requiere de la apreciación de un retraso injustificado en la celebración de la primera comparecencia pero, a partir de ahí, son dos las diferencias fundamentales que las separan.

La primera reside en la irreparabilidad del daño: mientras que para el sobreseimiento, el art. 624.1 exige que el retraso hubiera producido a la defensa “un perjuicio irreparable”, para la nulidad se establece que pueda ésta acordarse aun cuando dicho perjuicio no fuera irreparable (art. 624.2). El fundamento de la nulidad del material probatorio obtenido con dichas diligencias no puede ser otro que el de restablecer el equilibrio entre las partes, indebidamente quebrantado por el retraso injustificado en el traslado de cargos que propicia, en suma, una investigación a espaldas del investigado, sin su conocimiento y, por tanto, sin su posible intervención; con clara vulneración, pues de su derecho de defensa⁸.

La segunda diferencia que separa el régimen de estas dos sanciones (sobreseimiento y nulidad) reside en que según el tenor literal del art. 624, dadas las circunstancias anteriormente enunciadas, el sobreseimiento se acordará en todo caso (“procederá el sobreseimiento cuando...” —establece el art. 624.1—), mientras que la nulidad se podrá acordar o no, dependiendo de la ponderación judicial de los daños ocasionados (“...el Juez, para restaurar el equilibrio indebidamente quebrantado, podrá acordar la nulidad... —establece el art. 624.2—). En el primer caso, pues, se prevé que necesariamente “procederá el sobreseimiento...”; en el segundo caso se prevé que el Juez “podrá acordar la nulidad...”. Parece así que la clave para que, producido el retraso injustificado en la primera comparecencia, pueda el juez acordar la nulidad de las diligencias practicadas estará en que, efectivamente, dicha demora genere un desequilibrio entre las partes; porque si el retraso injustificado en la celebración de la comparecencia no produjera desequilibrio alguno, no habría razón —según el proyectado precepto legal— para declarar la nulidad. Sucede, en mi opinión, que resulta difícil apreciar el contexto

⁸ De la salvaguarda del equilibrio entre las partes procesales me he ocupado en *La investigación por el Fiscal en el Proceso Penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 251 y ss.

o la situación en la que la falta de comunicación injustificada de los cargos al acusado no produzca una vulneración de su derecho de defensa y no genere por tanto ese desequilibrio, legalmente requerido como base de la nulidad. En mi opinión, pues, siempre que haya habido diligencias investigadoras practicadas injustificadamente sin la previa comunicación al investigado, habrá habido perjuicios: si fueran irreparables por haberle impedido alegar, aportar o practicar actos relevantes o irremplazables procederá el sobreseimiento de la causa y, en cualquier otro caso, la nulidad⁹. Con lo que la dilación injustificada en la celebración de la primera comparecencia debería ser siempre, a mi juicio, sancionable.

8. Del control de la legalidad de la actuación investigadora se encargará el Juez de la Audiencia preliminar y no así el de garantías.
9. Del acta de la celebración de la primera comparecencia se remitirá copia al Juez de garantías pero no será impugnante ante él, ni en la descripción de los hechos objeto de investigación, ni en la calificación jurídica de los mismos (art. 558). La posibilidad, no obstante, de que la defensa pueda ex art. 555 instar el sobreseimiento cuando considere que los hechos carecen de relevancia penal genera una situación ciertamente paradójica en la que, si bien la defensa no podrá impugnar el acta en los extremos antedichos, sí podrá solicitar el sobreseimiento de la investigación.
10. La primera comparecencia interrumpe la prescripción del delito en relación con la persona a la que se le efectúa el traslado de los cargos.

BIBLIOGRAFÍA

DOIG DÍAZ, Y., “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el código procesal penal peruano” en GIMENO SENDRA (Coord.), *El Ministerio Fiscal director de la instrucción*, IUSTEL, Madrid, 2006.

⁹ De profundizar en las situaciones que generan desigualdad entre las partes y en los mecanismos para tratar de paliarla, en un contexto en el que la dirección de la investigación recaiga sobre el Ministerio Fiscal me he ocupado en “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, *La reforma del proceso penal* (ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs.), La Ley, Wolters Kluwer, 2011, págs. 192 y ss.

- DOLZ LAGO, M. J., “Caso acceso a las investigaciones preprocesales”, Diario La Ley, Nº 9898, Sección Comentarios de jurisprudencia, 23 de Julio de 2021.
- CONDE FUENTES, J., “Tratamiento jurisprudencial de los plazos máximos de la instrucción penal”, en *Tendencias actuales del Derecho procesal*, ÁLVAREZ ALARCÓN, GARCÍA MOLINA, CONDE FUENTES y ARRABAL PLATERO (Coords.), Ed. Comares, 2019
- FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, *La reforma del proceso penal* (ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs.), La Ley, Wolters Kluwer, 2011.
- FUENTES SORIANO, O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal”, *Nuevos retos de la Justicia Penal* (ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs.), La Ley, Wolters Kluwer, 2008.
- FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el Proceso Penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, 2005.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “La instrucción en el proceso penal Italiano” en GIMENO SENDRA (Coord.), *El Ministerio Fiscal director de la instrucción*, IUSTEL, Madrid, 2006.
- PERRON, W. y LÓPEZ-BARAJAS, I., “El Ministerio fiscal director de la investigación en el proceso penal Alemán” en GIMENO SENDRA (Coord.), *El Ministerio Fiscal director de la instrucción*, IUSTEL, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., “Los plazos de la instrucción, sobreseimiento y obtención de fuentes de investigación”, en ASENCIO MELLADO (Dir) *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2020.