# Derecho Procesal Penal

Apuntes

2021/2022

Grupo Trébol

- A&B
- Abril
- Alejandro M
- Antonio J.R
- Bea
- Begoña
- Carmen M.
- Carmen R.
- Cristina M.
- Garrido
- Geneva
- Isabel M.
- J.Newair
- Jose M.
- Juan Carlos
- Juan Carlos G.
- Jon R.O.
- Laura A.
- Lorena L.
- Lorena G.
- Mar
- Maria R.,
- Mayte R.
- Mitas
- Mónica
- Noelia S.
- Oscar S.
- Pili
- Rocio
- Simona
- Swanhilda
- Toñi

# Información del documento:

| | |
|---|---|
| **Documento Editado:** | 1 Octubre 2021 (1ªvsº), 17 Octubre 2021 (2ªvsº), 31 Enero 2022 (3ªvsº)<br>Corregida errata pag 171 (62 horas = 72 horas)<br>Corregida errata pag 258 (Epigrafe letra B)<br>**14 febrero 2022 (4ªvsº)** |
| **Manual utilizado:** | DERECHO PROCESAL PENAL Tirant lo Blanch 2021 (33 temas) |
| **Apuntes utilizados:** | Derecho Procesal Penal - Florentina 19-20 |
| **Guia utilizada:** | Curso 2021-2022 **(incluye programa)** |
| **Examen:** | 33 temas. (incluye el *tema 5 que no aparecía en la primera guia*) |

Este archivo lo han revisado estudiantes para estudiantes. Si cuando lo utilices encuentras alguna cosa que mejorar o cambiar, por favor, comentalo en el grupo de WhatsApp donde participes durante el curso en que se ha editado el documento y trataremos de actualizarlo con los cambios.

Lo hacemos unos pocos, lo mejoramos entre todos.

**GRACIAS** a los compañeros presentes y pasados que han hecho posible este trabajo.

**Tabla de contenido**

Lección 1 Fuentes Función Del Proceso Penal ..... 5

Lección 2 El Principio De Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales De Derecho Judicial Orgánico. Los Derechos Fundamentales Materiales A La Legalidad Y Al Non Bis In Idem 8

Lección 3 Los Derechos Fundamentales Procesales **Examen** ..... 14

Lección 4 Los Procesos Penales. Procesos Ordinarios: El «Sumario Ordinario» Y El Proceso Penal Abreviado ..... 24

Lección 5 El Juicio Sobre Delitos Leves ..... 29

Lección 6 Los Presupuestos Procesales Del Órgano Jurisdiccional (I): Jurisdicción Y Competencia Objetiva ..... 33

Lección 7 Los Presupuestos Procesales Del Órgano Jurisdiccional (Ii): Competencia Funcional Y Territorial ..... 42

Lección 8 Los Presupuestos Procesales De Las Partes ..... 47

Lección 9 Las Cuestiones Prejudiciales ..... 56

Lección 10 El Derecho De Acción Y El Derecho De Defensa ..... 59

Lección 11 El Objeto Del Proceso Penal ..... 70

Lección 12 El Inicio Del Proceso Penal: Actos De Iniciación, De Imputación Y De Defensa ..... 78

Lección 13 La Fase De Instrucción ..... 86

Lección 14 Los Actos De Investigación (I): Los Actos De Investigación Relativamente Restrictivos De Los Derechos Fundamentales ..... 96

Lección 15 Los Actos De Investigación (Ii): Los Actos De Investigación Restrictivos De Derechos Fundamentales En El Ámbito Físico ..... 110

Lección 16 Los Actos De Investigación (Iii): Los Actos De Investigación Restrictivos De Derechos Fundamentales En El Ámbito Electrónico ..... 123

Lección 17 La Prueba Anticipada Y Preconstituida. Los Principios Inspiradores De La Actividad Probatoria ..... 139

Lección 18 Medidas Cautelares Penales Y Resoluciones Provisionales. La Detención. La Orden Europea De Detención Y Entrega ..... 148

Lección 19 El Proceso De Habeas Corpus ..... 164

Lección 20 Prisión Provisional. Libertad Rovisional. Medidas De Protección De Las Víctimas De Violencia De Género, Doméstica Y Menores De Edad Y Con La Capacidad Judicialmente Modificada. Otras Resoluciones Provisionales ..... 170

Lección 21 Las Medidas Cautelares Reales. Orden Europea De Embargo De Bienes O De Aseguramiento De Pruebas ..... 182

Lección 22 El Sobreseimiento ..... 193

Lección 23 Los Actos De Interposición Y Disposición De La Retensión Penal ..... 201

Lección 24 El Juicio Oral ..... 213

Lección 25 Sentencia Y Cosa Juzgada ..... 223

Lección 26 Régimen General, Recursos No Devolutivos Y Recurso De Revisión Contra Los Decretos 232

Lección 27 El Recurso De Apelación ..... 239

Lección 28 El Recurso De Casación ..... 251

Lección 29 Los Medios De Rescisión De Sentencias Firmes ..... 257

Lección 30 Los Procesos Especiales (I). El Proceso Penal De Menores ..... 264

Lección 31 Los Procesos Especiales (Ii). Los Juicios Rápidos ..... 274

Lección 32 Los Procesos Penales Especiales (Iii). El Proceso Ante El Jurado ..... 284

Lección 33 Los Procesos Especiales (Iv). El Proceso Por Aceptación De Decreto, Por Injurias Y Calumnias, Por Delitos Cometidos Por Medios O Soportes Mecánicos De Difusión Y El Enjuiciamiento De Diputados Y Senadores ..... 290

# Lección 1 FUENTES Y FUNCIÓN DEL PROCESO PENAL

## I. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

Las fuentes del Derecho Procesal Penal vienen integradas por:

- ✓ ***La Constitución***
- ✓ ***Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos***
- ✓ ***La Ley de Enjuiciamiento Criminal***
- ✓ ***Las Leyes Especiales***

### 1. LA CONSTITUCIÓN.

La CE de 1978 es la norma suprema a la que ha de adecuarse la totalidad del ordenamiento procesal penal, si un Juez o Tribunal penal estimase que algún precepto no se adapta a ella, puede plantear la "cuestión de inconstitucionalidad" para que el TC lo expulse del ordenamiento. Las normas constitucionales de naturaleza procesal pueden sistematizarse en:

**A. Ordinarias**
**B. De garantía reforzada**

#### A) Normas constitucionales procesales ordinarias.

Se dirigen esencialmente al Poder Legislativo creando en él la obligación de respetar sus mandatos **(art. 119 CE)** o los derechos constitucionales que hayan establecido (**art. 125 CE),** y no podrán ser en un futuro negados por el legislador ordinario.
La infracción de tales preceptos ha de restablecerse mediante los recursos ordinarios ante los Tribunales; ya que el recurso de amparo se prevé para la violación de normas que tutelan Derechos Fundamentales **(art. 53.2 CE).**

#### B) Normas constitucionales procesales de garantía reforzada.

Estas normas son tuteladoras de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, su vulneración puede ser restablecida por los tribunales ordinarios y, si no lo hicieren, el particular estará autorizado a interponer recurso constitucional de amparo y obtener su restablecimiento del TC **(art. 53.2 CE).** Tales derechos fundamentales se encuentran ubicados en la *Sección 1ª del Capítulo IIº de la CE* y, pueden sistematizarse en:

***a. Derechos fundamentales materiales de incidencia procesal***
Son los contemplados en los **arts. 15 a 19**, además de en **los arts. 22, 23 y 25 CE.**
La vulneración, en el curso del proceso penal, de estos derechos fundamentales materiales, suele ocasionar una valoración prohibida de la prueba (p.ej. la confesión arrancada con tortura o la intervención telefónica ilegal) que ha de hacerse valer mediante la denuncia de la vulneración de otros derechos fundamentales procesales, como el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías del **art. 24.2 CE**, denuncia que posibilitará su restablecimiento por los Tribunales superiores y, en último término, por el TC, mediante la declaración de nulidad de la sentencia condenatoria o la del juicio oral.

***b. Derechos fundamentales procesales***

Están ubicados principalmente en el **art. 24 CE**, otros se prevén en el **art. 17 CE** (derechos singulares del detenido: plazo y garantías de la detención y "habeas corpus").

La titularidad de los derechos fundamentales procesales asiste al investigado y son manifestación de la dignidad humana en el proceso penal. Son derechos de defensa (p. ej. el derecho a la defensa letrada) o instrumentales de ella (p. ej. a ser informados de la acusación, utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, no declarar contra sí mismos, no confesarse culpables, presunción de inocencia), dirigidos a hacer valer el derecho a la libertad del ciudadano.

También le asiste a la víctima, que comparezca en el proceso como ofendido o perjudicado, el derecho a la tutela judicial efectiva, al Juez legal y a la prueba, del **art. 24 CE.**

## 2. LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Los Tratados internacionales de incidencia procesal penal, ej. los Convenios de extradición, constituyen fuente del Derecho Procesal Penal, cabe destacar, por su superior fuerza vinculante, los *Pactos Internacionales de Derechos Humanos*, según lo dispuesto en el **art. 10.2 CE** "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" .

Integran tales pactos la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la ONU en 1948, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* ***(PIDCP)*** o Pacto de Nueva York, y, sobre todo, el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* ***(CEDH)***, de Roma, y sus Protocolos Adicionales, los cuales contemplan todo el conjunto de derechos y garantías procesales que integran el derecho al proceso justo, la mayoría de los cuales se encuentran ya en nuestra Constitución y los que no lo están, forman parte de nuestro ordenamiento interno al estar incorporados en un Tratado **(art. 96.1 CE)** y han de ser aplicados por los Tribunales.

De todos estos pactos, tiene singular relevancia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, el órgano jurisdiccional encargado de su aplicación es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, los ciudadanos cuando agotan los recursos judiciales internos, incluido el recurso de amparo, pueden interponer demanda ante el TEDH. Además, la jurisprudencia del TEDH, en virtud de los dispuesto en el **art. 10.2 CE**, ha de ser observada por todos nuestros tribunales. De hecho, muchas de las sentencias de nuestro TC, en materia procesal penal, se fundan en una jurisprudencia previa del TEDH (p. ej. la prohibición de valoración de las pruebas personales por Tribunales de segunda instancia).

## 3. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 constituye nuestro Código Procesal Penal, a cuyas prescripciones han de someterse todos los tribunales de conformidad con el principio de legalidad procesal **(art. 1 LECrim).**

Como consecuencia de su antigüedad, **la LECrim ha sido objeto de múltiples reformas** parciales, que ocasiona inseguridad jurídica a la vez que se erige en la práctica en un factor de retardo, unida a los avances de las ciencias auxiliares del proceso penal, debiera inducir a los partidos parlamentarios a elaborar un nuevo "Código Procesal Penal" que, manteniendo las conquistas habidas en materia de defensa y del principio acusatorio, dote a nuestra justicia penal de la rapidez y eficacia que la sociedad contemporánea reclama.

### 4. LAS LEYES ESPECIALES.

La legislación especial es fuente del Derecho Procesal Penal, debiéndose distinguir, las materias que afectan al desarrollo de los Derechos fundamentales, las cuales habrán de ser objeto de una Ley Orgánica **(arts. 17.1 en relación con el art. 53 y 81 CE),** de aquellas que, por no afectar al derecho a la libertad, ni a ningún otro derecho fundamental permiten su regulación mediante Ley Ordinaria. P. ej. La LO 6/1984, que contempla el proceso de "habeas corpus".

## II. LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL PROCESO PENAL. EXAMEN***

En los sistemas democráticos contemporáneos, junto al "derecho de penar" del Estado han aparecido y se yuxtaponen otras funciones, como lo son la protección de derecho a la libertad, la del derecho a la tutela de la víctima y la de reinserción del propio investigado. De todas nos vamos a ocupar a continuación:

### 1. LA ACTUACIÓN DEL «IUS PUNIENDI».

Tradicionalmente, el proceso penal viene concibiéndose como el instrumento que la Jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del "ius puniendi" del Estado, este ha de aplicarse una vez declarada la existencia de un delito y su participación en él del encausado, mediante la irrogación al mismo, por el tribunal penal, de la correspondiente pena prevista en el Código Penal. La anterior afirmación necesita ser matizada.

### 2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD.

En un Estado de Derecho, la función del proceso penal no puede identificarse exclusivamente con la aplicación del "ius puniendi", también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente, derecho fundamental y superior del ordenamiento jurídico (Art. 1.1 CE)

### 3. LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA.

El proceso penal ha de convertirse en un instrumento útil para la reparación de la víctima. Atendiendo al art. 24 CE, tan derechos fundamentales son los del investigado a la libertad y de defensa, como el del perjudicado a la tutela judicial efectiva u obtención de una eficaz y rápida satisfacción de su pretensión resarcitoria.

### 4. LA REHABILITACIÓN DEL INVESTIGADO.

Finalmente, tampoco cabe desconocer la **función de reinserción** que debe asumir el proceso penal contemporáneo, es más **propio de las penas y de las medidas de seguridad (art.25 CE), que del proceso penal**.

En la práctica, sobre todo en el caso de las penas cortas privativas de libertad, difícilmente puede alcanzarse aquella finalidad, lo que aconseja introducir en el sistema punitivo, para el tratamiento de los delitos leves, sanciones o penas alternativas a la de privación de libertad que eviten el "contagio criminal", especialmente para el caso de jóvenes delincuentes no reincidentes.

El CP de 1995 instaura medidas de suspensión de la pena privativa y sustitución por otras limitativas de derechos y de la introducción de medidas de seguridad postdelictuales.

# Lección 2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE DERECHO JUDICIAL ORGÁNICO. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MATERIALES A LA LEGALIDAD Y AL NON BIS IN IDEM

## I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN***2014(sep.-res), 2020 (2S)

La incidencia de los **actos procesales sobre los derechos fundamentales** obliga a aplicarse la doctrina emanada del TC sobre **el principio de proporcionalidad (**art. 25 CE), según la cual **NO** es suficiente que el acto de investigación, lesivo de un derecho fundamental, haya emanado de la Autoridad competente, sino que es también necesario:

1. Que esté previsto en la Ley;
2. Que objetivamente se justifique y
3. Que la resolución judicial que ordena la limitación del derecho fundamental esté minuciosamente motivada, de tal suerte que, en ella, se plasme el ineludible «juicio de necesidad» del que se desprenda el sacrificio del derecho fundamental, objeto de la medida.

Conforme con la doctrina del TEDH y del TC, del principio de proporcionalidad pueden extraerse las siguientes **notas esenciales**:

1. **Todo acto limitativo** de un derecho fundamental ha de fundarse y estar previsto (principio de legalidad) en una **Ley con rango de Orgánica**.
2. **Toda resolución que limite** o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental **ha de estar motivada.**
3. **Ha de observarse el cumplimiento del subprincipio de necesidad**, conforme al cual las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido por el acto de investigación, fin o interés que habrá de estar constitucionalmente protegido.
4. **Ha de existir una adecuación** o congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante,
5. La finalidad perseguida por el acto instructorio y lesivo del derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino mediante dicho acto y no con otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental, es decir, no debe poderse comprobar «ex post» que el mismo objetivo hubiera podido alcanzarse con un medio no o menos restrictivo del derecho fundamental **(alternativa menos gravosa).**

La **infracción del principio de proporcionalidad** en la limitación de algún derecho fundamental de incidencia procesal (art.18 CE) **ocasionará,**

- **no sólo** la violación de dicho derecho fundamental de carácter material, sino, y lo que es más importante, al erigirse el correspondiente acto probatorio en un supuesto de prueba de valoración prohibida,
- **sino** que la sentencia penal de condena, que se funde sobre dicha prueba prohibida, infringirá además la «presunción de inocencia» o el derecho «a un proceso con todas las garantías», lo que permitirá su restablecimiento mediante los recursos ordinarios, o, en último término, a través del recurso constitucional de amparo.

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE DERECHO JUDICIAL ORGÁNICO.

### 1. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN EL JURADO.

El art. **125 CE** dispone que los «ciudadanos podrán participar en la administración de justicia mediante la institución del Jurado en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine».

Es **un derecho constitucional** que ha de ser puesto en relación con el art. **23.2 CE** que contempla el derecho de acceso a los cargos y «oficios públicos en condiciones de igualdad».

Tales derechos fundamentales, a acceder al Jurado y a ser juzgado por él, **integran un derecho de configuración legal**, cuyo ejercicio necesita de la interposición del legislador.

En nuestro ordenamiento, dicha interposición la constituye la LO 5/1995, del Jurado.

### 2. EL DERECHO AL JUEZ LEGAL. EXAMEN***.

Se encuentra previsto en la CE, a**siste a todos los sujetos del Derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional**, creado mediante Ley Orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, independencia e imparcialidad y sumisión a la Ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas (art.24.2 y 117.6 CE).

#### A) Juez legal y reserva de Ley Orgánica.

El art. 24.2 **NO** impone régimen especial alguno para la regulación del ejercicio de este derecho fundamental, por lo que ha de resultar de aplicación lo dispuesto en los arts. 53.1 y 81.1, conforme a los cuales han de revestir forma de LO las «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales».

#### B) Juez legal y jurisdicción penal ordinaria.

El juez legal solo ha de ser **formalmente insaturado mediante LO**, que ha de quedar encuadrado dentro del Poder Judicial o Jurisdicción ordinaria.

El **principio del monopolio jurisdiccional** de imposición de penas y el derecho de acceso a la jurisdicción o a ser juzgado por un «Tribunal independiente e imparcial» ha de **conllevar la ilegitimidad** de cualquier órgano administrativo, que pudiera estar habilitado para la imposición de sanciones penales, o de cualquier jurisdicción especial que, con extralimitación de su competencia, pretendiera imponerlas.

a) Art. 26 CE, establece **la prohibición de los Tribunales de Honor**. Si alguno de los tales órganos actuara una norma de carácter penal, se infringiría también el principio del juez legal. Lo mismo cabría entender si la Administración, con clara infracción del «non bis in idem» y con independencia de la adopción de medidas cautelares, impusiera a un funcionario, por la única causa de haber cometido un delito, una sanción de suspensión definitiva de funciones (inhabilitación), sin que haya todavía recaído sentencia penal.

b) Art. 117.5, **consagra el principio de unidad jurisdiccional**, y cuya infracción ha de abrir las puertas al recurso de amparo. Por ello, si la única jurisdicción especial que constitucionalmente

legitima su subsistencia, esto es, la «militar» extralimitara su competencia, que, ha de quedar ceñida al «ámbito estrictamente castrense», en tal supuesto, nos encontraríamos ante un supuesto de «Tribunal de excepción».
Por consiguiente, por «juez ordinario», en materia procesal penal tan sólo cabe entender el juez o Tribunal de lo penal, integrante de la Jurisdicción Ordinaria o Poder Judicial.

### C) Juez legal y principio de «igualdad».

Conforme el art. 24.2 **el juez legal, no sólo ha de ser «ordinario», sino que ha de estar «predeterminado por la Ley»** (se entiende la Constitución). Pues bien, dentro del modelo constitucional, el primer requisito que han de cumplir todos los órganos jurisdiccionales es el de constituirse sin atender a criterio discriminatorio alguno o, lo que es lo mismo, con absoluto respeto al principio constitucional de igualdad (art.14 CE), en tanto que valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, que la Constitución proclama (art.1.1 CE). En caso contrario, tales órganos jurisdiccionales serán reputados inconstitucionales.

### D) Juez legal e «independencia»: la doctrina constitucional sobre el «Juez legal imparcial». EXAMEN***

1. **La subsunción en la CE del derecho al juez imparcial:** Dentro del concepto del «juez predeterminado por la ley» hay que entender también incluida **la independencia judicial**, pues la propia Constitución requiere que los titulares de la potestad jurisdiccional sean jueces y magistrados «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».
   La denuncia de la infracción del derecho al juez legal imparcial pueda efectuarse, de conformidad con la jurisprudencia del TC,
   - bien por vulneración del derecho al «juez predeterminado por la Ley»,
   - bien también a través del derecho «a un proceso con todas las garantías», ya que la imparcialidad se erige en una garantía esencial del Poder Judicial inserto en una sociedad democrática.
2. **Imparcialidad objetiva y subjetiva:** La imparcialidad (24.2 CE), no es sólo la «subjetiva» del Juez o Magistrado, la cual se presume siempre, sino sobre todo la «objetiva», referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al «thema decidendi», sin haber tomado postura en relación con él. Como reitera la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, el sujeto investido de poder judicial para resolver un determinado asunto ha de ser ajeno a ese asunto, pues un contacto anterior con el mismo, siempre que sea relevante, puede deteriorar la confianza de los ciudadanos respecto de esa actuación de ese juez en ese caso concreto.
3. **La abstención y la recusación.** Precisamente para garantizar la imparcialidad objetiva surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, cuyas correspondientes normas ordinarias, si son ilegítimamente infringidas, pueden ser restablecidas a través del amparo constitucional.
   De conformidad con la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad objetiva, se ha de vedar la posibilidad de que un órgano judicial pueda conocer de la fase de juicio oral contra un encausado, si alguno de sus miembros ha asumido contra él previamente funciones instructoras.

   A fin de posibilitar a las partes el ejercicio de su derecho de recusación, ha de ponerse en su previo conocimiento la determinación del Magistrado Ponente y la de los demás Magistrados «que no constituyan plantilla de la Sala».

#### E) Juez legal y competencia.

El «juez ordinario predeterminado por ley» **no puede ser otro sino el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente,** de tal suerte que las normas relativas a la competencia penal adquieren una gran relevancia constitucional, al integrar el concepto del «juez legal».

Por eso las normas de la competencia objetiva son de «ius cogens» o de orden público, erigiéndose en un auténtico presupuesto procesal, cuyo cumplimiento ha de ser vigilado de oficio por los órganos jurisdiccionales en todas y cada una de las instancias, por lo que su infracción acarrea una nulidad radical e insanable.

- Pero **NO** toda infracción de una norma de atribución de la competencia ha de originar una vulneración del principio del juez legal, sino tan sólo aquellas que sean susceptibles de violentar el criterio del juez legal.
- Con respecto a la **competencia objetiva y territorial y el procedimiento aplicable**, salvo que la infracción de las normas de la competencia pudiera entrañar la vulneración del juez constitucionalmente competente o que dicha vulneración pudiera al propio tiempo conculcar el derecho a la tutela o el derecho a un proceso con todas las garantías.
- En cuanto a la **vulneración de las normas relativas a la competencia funcional** y, dentro de ellas, las referentes al «reparto» de los asuntos y a la constitución de los órganos jurisdiccionales colegiados, si existen irregularidades que encierran auténticas manipulaciones y a través de ellas se viola la independencia judicial, constituyen un claro atentado al juez legal.

## III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MATERIALES A LA LEGALIDAD Y AL *NON BIS IN IDEM.*

### 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad penal se consagra en **el art. 25.1 CE,** en cuya virtud «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Además, según el art. 7.1 CEDH, «no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida».

Podemos **definir este principio** como el **derecho de toda persona a no ser condenado a una pena** privativa de libertad que **no se encuentre prevista en una norma con rango de ley orgánica**, anterior a la comisión del hecho punible o, en su caso, posterior, pero más favorable y que reúna la predeterminación suficiente de la conducta ilícita y de la sanción aplicable para poder ser conocida por su autor, así como a no ver incrementada su condena por obra de una revisión legislativa o jurisprudencial.

#### A) Requisitos formales: la reserva de Ley.

- Según TC, dicha reserva de ley ha de referirse a **cualquier disposición con rango de Ley,** incluido el Decreto Ley puesto que el art. 25.1 CE utiliza el término «legislación vigente».
- No obstante, si se trata de delitos a los que se asocian penas privativas de libertad, al incidir en el derecho fundamental a la libertad del art. 17 CE, exige el TC que su desarrollo normativo se

efectúe **mediante ley orgánica**.

- Es decir, cuando la pena a imponer sea la de multa, debido a que el derecho a la propiedad no constituye un auténtico derecho fundamental, la norma que prevea dicha sanción no ha de requerir su desarrollo mediante Ley Orgánica. Y lo mismo cabe decir del resto de las penas privativas de derechos que no incidan en derechos fundamentales.

**B) Requisitos materiales: previsión y certeza.**

La doctrina del TC también exige una garantía material, en concreto que **exista una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las penas o sanciones aplicables** que cumpla los requisitos de la «Lex scripta, praevia et certa», es decir, que el contenido material del principio de legalidad se reconduce a las exigencias de previsión y certeza.

a) **Previsión: prohibición de la irretroactividad de la Ley penal desfavorable**.

La existencia de una norma penal previa a la conducta implica la prohibición de que, ante una sucesión de normas penales, pueda aplicarse, a una misma conducta, la norma posterior que establezca una sanción más grave, tal y como establece el art. 9.3 CE («la Constitución garantiza… la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales…»).

La vulneración de dicho principio de irretroactividad ocasiona no sólo la vulneración del art. 9.3 CE, sino también la del art. 25 CE (“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”). Es más, caso de vulnerarse este principio de irretroactividad por un tribunal penal, el recurso de amparo habrá de sustentarse en la infracción del art. 25 CE y no en la del 9.3 CE, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.2 CE, la demanda de amparo se fundamentará en la vulneración de un auténtico derecho fundamental, y no un mero principio constitucional.

Olvidó el constituyente consagrar el derecho al principio antitético, esto es, el derecho «a la aplicación de la norma penal posterior más favorable». No obstante, este derecho ha de considerarse implícito en el art. 25 CE, ya que el requisito de la «Lex praevia» exige, en materia penal, que dicha Ley permanezca vigente, tanto en el momento de la comisión del delito, como en el de su aplicación (art. 117.3 CE) e incluso en el del cumplimiento de la condena, pues sin norma penal previa y vigente tampoco existe responsabilidad penal. De aquí que cuando el TC dicta una sentencia de inconstitucionalidad de una norma penal la sentencia extienda sus efectos retroactivamente en lo que al reo le resulte favorable.

**b) Certeza: predeterminación normativa.**

Otra garantía material es la existencia de una predeterminación normativa lo suficientemente clara para que pueda, tanto la norma penal como su sanción, ser conocida por sus destinatarios. Esta exigencia de certeza ocasiona dos consecuencias: la prohibición de la utilización de la analogía «in malam partem», y la prohibición de la integración, mediante normas reglamentarias, de las cláusulas generales abiertas.

## 2. EL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM».

### A) Regulación y ámbito de aplicación.

El **principio «non bis in idem»,** esto es, que no pueda una misma persona ser condenada más de una vez por la comisión de un mismo hecho, **no se recoge en la CE**, si bien el **TC lo considera incluido** en el art. 25 CE, quien veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que **se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento,** siempre que la sentencia sea firme. La identidad del hecho es extensible al supuesto de un delito integrado por una pluralidad de actos que han de integrarse en una unidad típica de acción. Se aplica incluso ante dos mismos hechos enjuiciados por dos distintos Tribunales de la Unión Europea, si bien el Tribunal nacional es competente para valorar la existencia de la identidad del hecho.

En la práctica, las vulneraciones a la prohibición del «non bis in idem» suceden cuando un mismo hecho es susceptible de ser sancionado simultáneamente por los tribunales penales y por la administración. La aplicación del «non bis in idem» al procedimiento administrativo fue una conquista del TEDH. Según su doctrina, este procedimiento ha de ser respetuoso con todas las garantías contenidas en el CEDH, entre las que se encuentra la prohibición del «non bis in idem».

Dicha prohibición ha de estar presente también en los supuestos de aplicación, a unos mismos hechos, de una sanción penal y otra administrativa. Nuestro TC ha suscrito similar doctrina, llegando a proclamar que, bajo ciertas modulaciones, las principales garantías de los arts. 24 y 25 CE han de estar presentes en el procedimiento administrativo sancionador.

### B) La doctrina del TC.

Entre dichas garantías se encuentra la **preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa**, que **obliga a la administración pública a suspender las actuaciones**, hasta tanto recaiga sentencia penal firme, cuando el hecho sea objeto de un procedimiento penal. Dicha dualidad sancionadora se extiende al concurso aparente de leyes penales y administrativas sobre un mismo hecho.

La doctrina del TC sobre el «non bis in idem» no alcanza a la doble incriminación de conductas vía administrativa y penal, ni siquiera a la doble condena, si posteriormente procede el Tribunal de lo penal a «compensar» las sanciones, computando la condena administrativa en la sentencia penal (por ej., si en un procedimiento sancionador la administración sanciona a un funcionario con seis meses de suspensión de empleo y sueldo y en la condena penal se descuentan esos seis meses dentro de una condena procedente a doce de inhabilitación, de modo que se le impongan exclusivamente seis, no se producirá infracción de este principio constitucional).

# Lección 3 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES **EXAMEN**

## I. EL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS.

Aparece expresamente recogido en el art. 24.2 CE, en él tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no puedan ser subsumidos en los demás derechos del art. 24 y muy especialmente en los derechos a la tutela, de defensa y a la presunción de inocencia.

En estos últimos tiempos, es en el derecho a un proceso con todas las garantías, el **TC está individualizando violaciones de derechos,** tales como el secreto de las comunicaciones y las escuchas ilegales o el más reciente derecho a no ser condenado en la segunda instancia mediante una nueva valoración de las pruebas de carácter personal, en detrimento de la presunción de inocencia,

El **restablecimiento de la vulneración de la presunción de inocencia** ha de consistir en la **declaración por la Sentencia de amparo de la nulidad de la Sentencia penal**, la del derecho a un proceso con todas las garantías, al tratarse de un vicio *«in procedendo»*, ha de ocasionar la nulidad de la sentencia y la de las actuaciones practicadas con el reenvío al tribunal penal de instancia a fin de que emita nueva Sentencia, la cual podría volver a ser condenatoria, siempre y cuando respete dicho derecho fundamental.

En el momento actual, los derechos fundamentales que el TC ha subsumido en este derecho fundamental son:

1. El derecho a la igualdad de armas.
2. El principio acusatorio.
3. La inmediación del tribunal *«ad quem»* en la valoración de las pruebas de carácter personal.

### 1. IGUALDAD DE ARMAS. EXAMEN***

Una de las garantías esenciales del derecho fundamental que nos ocupa es el principio de *«igualdad de armas»*, ha de estimarse **cumplido cuando en la actuación procesal**, tanto el acusador como el investigado **gozan de los mismos medios de ataque y de defensa** e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

#### A) Fundamento.

El principio de igualdad de armas es una **proyección del genérico principio de igualdad del art. 14 CE** en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2, el cual hay que **estimarlo vulnerado**

- cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna,
- o bien el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la gravan indebidamente con cargas procesales desorbitadas, sin que ambas posibilidades y cargas procesales alcancen justificación objetiva y razonable alguna.

### B) Su consagración en el proceso penal.

Todos los ciudadanos que intervengan en el proceso penal **deben recibir idéntico tratamiento procesal por parte de los órganos de la jurisdicción penal**. Por ello podría resultar contrario al principio de igualdad de armas el otorgamiento de determinados privilegios procesales, carentes de fundamento objetivo y razonable, a determinados funcionarios en relación con la competencia o con la exención del deber de testificar.
Por el contrario, determinadas *«discriminaciones»*, que gozan de una justificación objetiva y razonable, no pueden estimarse contrarias a dicho principio. Ello es lo que sucede con el derecho a la no perseguibilidad del delito y al instituto del perdón.

El principio de igualdad habrá de **estar presente en el juicio oral** y, de modo especial, en la **proposición y ejecución de la prueba**; de aquí que nuestra LECrim, desde siempre haya garantizado los principios de contradicción e igualdad en los escasos supuestos de prueba anticipada practicada dentro de la instrucción.

Dicho principio no **es exigibl**e a lo largo de todos los actos y fases del procedimiento penal, sino tan **sólo ante actuaciones procesales o jurisdiccionales que requieran**, de un lado, la inmediación de un órgano jurisdiccional y, de otro, la vigencia de los principios de contradicción e igualdad.

## 2. EL PRINCIPIO ACUSATORIO. EXAMEN***.

### A) Concepto y notas esenciales.

El principio acusatorio constituye otra de las **garantías esenciales del proceso penal** que la doctrina del TC ha elevado **a derecho fundamental**, implícito en el «derecho a un proceso con todas las garantías» del art. 24.2 CE. El binomio acusatorio- inquisitivo tienen la virtualidad de indicarnos mediante que distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Del enunciado concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

***a) Atribución de la instrucción y del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales.***

Debido a que la actividad instructora comporta una labor esencialmente inquisitiva, se hace necesario que aquella función **se encomiende a un órgano unipersonal**, al que se le ha de **vedar** expresamente la **posibilidad de entender de la fase de juicio oral**, la cual ha de ser conferida a otro órgano jurisdiccional, normalmente colegiado (Jurado o Tribunal). El derecho a ser juzgado por "un tribunal independiente e imparcial" conlleva la **prohibición** de que, en las infracciones graves, no solo **el juez instructor pueda entender del juicio** y pronunciar la sentencia, sino la necesidad de que **ningún magistrado o miembro del MF** que haya realizado funciones instructoras pueda formar parte del Tribunal sentenciador.

El TEDH ha interpretado dos aspectos concretos de la exigencia de la imparcialidad contemplada en el art.6.1 CEDH.

- En primer lugar, el tribunal debe ser subjetivamente imparcial, es decir, ningún miembro del tribunal debe tener ningún prejuicio o predisposición personal.
- En segundo lugar y, sobre todo, el Tribunal debe ser también imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer suficientes garantías como para excluir cualquier duda

legítima a este respecto, de modo que, si de las apariencias o de los actos del Juez la sociedad puede alcanzar serias dudas sobre su imparcialidad, se vulnera el art. 6.1 del CEDH.

La **violación del principio acusatorio implícito** en el derecho a un proceso con todas las garantías conlleva al propio tiempo la vulneración del derecho al juez legal imparcial.

***b) Distribución de las funciones de acusación y decisión.***

Conforme al aforismo *"nadie será juzgado sin previa acusación"*, no tanto en la fase instructora sino en la del juicio oral, ha de **iniciarse por una parte legítima** y **distinta del órgano jurisdiccional decisor**, al que debe vedarse la posibilidad de sostener la acusación.

Para que se respete el principio acusatorio **se hace necesario** pues que

- **la acusación preceda a la defensa** y sea conocida por ella ya que, en caso contrario, se vulnera el derecho al conocimiento previo de la acusación y
- y que **se desdoblen ambas funciones**, de acusación y de decisión, y sean otorgadas a dos sujetos procesales distintos que habrán de sostener la acusación en el juicio oral y si retirasen la acusación, el tribunal habrá de absolver al encausado en el fondo.

Por tanto, no resulta constitucionalmente admisible la atribución al juzgador de la posibilidad de sancionar infracciones penales, ni siquiera delitos leves, sin existencia y mantenimiento de la pretensión acusadora.

***c) Correlación entre la acusación y el fallo.***

La vigencia del sistema acusatorio exige una determinada **correlación o congruencia,** subjetiva y objetiva, **entre la acusación y la parte dispositiva de la sentencia,** cuya finalidad esencial consiste en posibilitar el ejercicio del derecho de defensa.

- **Subjetiva,** El proceso penal acusatorio es un proceso de partes en el que el encausado no puede ser considerado como objeto, si no como sujeto, por lo que le asiste del derecho de defensa en toda su plenitud. *"Nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado"*, de tal suerte que los escritos de calificación provisional o de acusación deben fijar definitivamente la legitimación pasiva. Es necesario, además, informar al encausado de la acusación con un tiempo suficiente para preparar su defensa para lo cual se hace conveniente que, con anterioridad a la adquisición del estatus de acusado en el juicio oral, el sujeto pasivo del proceso asuma, dentro de la instrucción, la de investigado.

- **Objetiva,** Es el derecho del encausado a conocer también la información del hecho punible, cuya comisión se le atribuye, a fin de que pueda exculparse de él, articulando la correspondiente actividad probatoria, ejercitando, en definitiva, su derecho de defensa.

Según la doctrina jurisprudencial, existirá una **vulneración del principio acusatorio**:

1. Cuando la sentencia condene al encausado por una pena principal o un hecho punible que no hayan sido objeto de la acusación.
2. Cuando se dé una pena más grave a la solicitada por la acusación.
3. Cuando el tribunal aplique en la sentencia una calificación jurídica distinta y que cause una indefensión material, lo que sucede, por ej., cuando habiéndose sostenido la acusación por un delito continuado, el Tribunal condene los hechos por separado.

Por *«hecho»* aquí hay que entender, sobre todo, el hecho histórico, que constituye el objeto del proceso penal y de la cosa juzgada.

- Por tal razón**, no existe indefensión,** ni vulneración del acusatorio, **si el hecho histórico** fue descrito en el escrito de calificación provisional, aun cuando las partes acusadoras, en sus calificaciones definitivas, y el tribunal, en su sentencia, modifique el título de condena sobre ese mismo hecho, siempre y cuando el bien jurídico vulnerado permanezca invariable, es decir, cuando ambos delitos sean homogéneos y dicho cambio de calificación no entrañe vulneración del derecho de defensa.
- Asimismo, **existirá una manifiesta vulneración del acusatorio**, si las partes acusadoras, en sus calificaciones definitivas, ampliaran su acusación a nuevos hechos, sobre los que no ha recaído prueba en el juicio oral. En tal supuesto, el respeto a los derechos fundamentales obliga al presidente del Tribunal preguntar al acusado si está de acuerdo con la calificación del nuevo hecho y, si la defensa manifestara su disconformidad, habrá que suspender el juicio, formalizarse una acusación adicional, contestarla el acusado y practicar la prueba sobre ese nuevo hecho.

***d) Prohibición de la «reformatio in peius».***

La vigencia del principio acusatorio exige que en la segunda o sucesivas instancias no se pueda imponer una de pena superior a un apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada, de tal suerte que el órgano *«ad quem»* ha de estar vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en la segunda instancia.

La regla de la «interdicción de la reforma peor» constituye ya una doctrina consolidada de nuestro TC, conforme a la cual la grabación de la pena al recurrente, realizada «ex oficio», sin que se le haya dado la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa, genera «indefensión» conculca el art.24.1 y el «derecho a un proceso con todas las garantías» del art.24.2 CE.

### B) La legalidad ordinaria.

Nuestro ordenamiento procesal, y debido a que la LECrim instauró uno de los sistemas acusatorios más avanzados de la época, se manifiesta absolutamente respetuosa con el referido principio. Sin embargo, la promulgación de reformas posteriores obliga a **reinterpretar las normas ordinarias** con el art.24.2 CE.

***a) El juez instructor decisor.***

La figura del «Juez Instructor-decisor» fue desterrada de nuestro proceso penal por obra de la LO 7/1988 que, mediante la creación de juzgados de lo penal conociendo en juicio oral reinstauró definitivamente en nuestro ordenamiento, no solo esta garantía esencial del principio acusatorio, sino también el derecho al juez legal imparcial.

***b) La información de la acusación.***

Nuestra LECrim consagró desde siempre este derecho fundamental, subjetivamente, de un lado, mediante la instauración de una resolución de imputación formal, como lo es el auto de procesamiento que tiene la virtualidad de impedir que no pueda ser acusada persona alguna que no haya sido previamente declarada procesada y objetivamente, de otro, al tener que plasmar en

él los «indicios racionales de criminalidad» y al establecer la obligación para las partes acusadoras de reflejar, en sus escritos de calificación provisional, *«los hechos punibles que resulten del sumario».*

La obligación de poner en conocimiento del sujeto pasivo de la instrucción la imputación sobre él existente tan pronto como fuera conocida, es hoy exigible incluso en los delitos leves. A fin de evitar acusaciones *«sorpresivas»,* el TC estableció, que el Juez de Instrucción está obligado a determinar la persona imputada y, con anterioridad a la conclusión de las *«Diligencias Previas»,* recibir declaración al investigado en dicha calidad.

La Ley establece la obligación de reflejar en el Auto de conclusión de las Diligencias Previas «la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan», así como la imposibilidad de «adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775».

***c) Apertura del juicio oral a instancia de parte legítima.***

La LECrim instauró la exigencia de que el juicio oral tan sólo pueda abrirse a instancia de una acusación legítima, de tal suerte que, si las partes acusadoras legitimadas solicitan el sobreseimiento no pueden el Juez de lo Penal o la AP abrir de oficio un juicio oral contra persona determinada.

Pero, por dichas partes legitimadas tan sólo cabe entender el Ministerio Fiscal y el acusador particular, que es el ofendido o perjudicado, constituido en parte acusadora y no, el acusador popular que no está legitimado para obtener, por sí sólo, la apertura del juicio oral.

***d) Correlación entre acusación y sentencia.***

También la LECrim se muestra cautelosa a la hora de proteger el derecho de defensa frente a posibles mutaciones que deseen realizar las partes o el tribunal sobre el objeto procesal.

- El art. 733, pretende salvaguardar al acusatorio frente a eventuales cambios en el título de condena a fin de garantizar el derecho al conocimiento previo de la acusación. En efecto, la facultad del tribunal tiene como inmediata finalidad extender la correlación entre la acusación y el fallo incluso a la *«causa petendi»* de la pretensión penal a fin de poder ampliar el ámbito cognoscitivo del tribunal a esa nueva calificación delictuosa. En tal caso, se autoriza a las partes a informar acerca de esa nueva calificación jurídica, informe que puede posponerse al día siguiente del juicio, si alguna de las partes *«no estuviere suficientemente preparada».*

- Pero lo que el art. 733 no autoriza es a sugerir tesis jurídicas sobre hechos nuevos que no hayan sido objeto de calificación y de prueba en el juicio oral. Cuando esta eventualidad surja, lo procedente es suscitar la suspensión del juicio oral, practicar una «sumaria instrucción complementaria», y una adicional calificación provisional con consiguiente juicio oral para ese nuevo hecho.

- Junto a esta vinculación temática, ceñida al hecho punible, el motivo de casación parece consagrar una segunda congruencia de índole cuantitativa, que daría cumplida exigencia al *«ne eat iudex ultra petita partium»* (el juez no va más allá de lo pedido por las partes).

A los efectos del éxito de la pretensión de amparo, la infracción del art. 733 ha de quedar condicionada a la circunstancia de que el cambio de calificación jurídica produzca indefensión o menosprecio al derecho del encausado al conocimiento previo de la acusación y a la articulación de la pertinente actividad probatoria frente a esa nueva acusación que asume el Tribunal, lo que tan sólo debiera suceder cuando se dé entrada a nuevos hechos o cuando el cambio de calificación jurídica conlleve nuevas circunstancias fácticas que exijan ser probadas. Pero, en el ámbito del proceso penal abreviado, el art. 789.3 se establece también una congruencia cuantitativa, al prohibir al tribunal la irrogación de un *«quantum»* de pena superior al solicitado por las partes acusadoras. Esta prescripción ha sido generalizada por el TS al sumario ordinario o proceso penal por delitos graves, no sin alguna resolución contraria.

### 3. EL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y LA INMEDIACIÓN DEL TRIBUNAL «AD QUEM» EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE CARÁCTER PERSONAL.

El **derecho fundamental** a un proceso con todas las garantías también conlleva el **del encausado a no ser gravado más en su condena o a no ser condenado, si ha sido absuelto en la primera instancia**, como consecuencia de una nueva valoración de las pruebas, efectuada por el Tribunal de la segunda instancia, que requieren la inmediación del tribunal.

De conformidad con la doctrina del TEDH, no le es dado al Tribunal *«ad quem»* efectuar, sin prestar previa audiencia al condenado, una revisión de la valoración de las pruebas efectuada por el tribunal de la primera instancia, que requieran la vigencia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Pero esta doctrina no resulta de aplicación cuando el tribunal *«ad quem»* únicamente efectúa una revisión jurídica del objeto procesal.

Dichas pruebas, cuya valoración exige la inmediación del tribunal son las de carácter personal y han de reconducirse a las declaraciones de las partes, testigos y peritos, *sin que alcance a los siguientes medios y elementos probatorios*:

- A la prueba documental, a la que en nada afecta la inmediación judicial, por lo que el Tribunal de apelación ha de valorar la totalidad de la prueba instructora anticipada y preconstituida, efectuada, tanto por el Juez de Instrucción, como por la policía judicial.
- A los informes periciales documentados, que no exijan oír al perito.
- A la prueba indiciaria, cuando no se explícita por el juzgador de instancia el razonamiento seguido para alcanzar el resultado probatorio o cuando dicho razonamiento se revele erróneo, porque no se acomode a las reglas de la lógica y de la experiencia, lo que acontece, en materia de alcoholemia, con los denominados *«signos externos»,* si no son debidamente apreciados por el juzgador de instancia.

A las Sentencias de instancia que no determinan los elementos de convicción en que se basa el órgano judicial para la fijación de los hechos probados.

## II. LIBRE VALORACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EXAMEN ***

Junto al derecho a un proceso con todas las garantías, el art. 24.2 CE yuxtapone **la *«presunción de inocencia»* o derecho**, que a todo investigado asiste, a que **se presuma su inocencia hasta tanto no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena**. La presunción de inocencia debe estar presente a lo largo de todas las fases del proceso y de todas sus instancias.

En particular, debe estarlo dentro de la fase instructora, impidiendo que los actos limitativos de los derechos fundamentales y la prisión provisional no puedan ser adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del investigado y tras una resolución motivada en la que se cumplan todas las exigencias del principio de proporcionalidad.

Por tanto, el derecho constitucional a la presunción de inocencia es un **derecho del encausado que se quebranta cuando no se haya practicado una actividad probatoria de cargo suficiente** para deducir razonablemente la participación del acusado en el hecho punible.

En la actualidad, la doctrina constitucional está reconducida exclusivamente a la actividad probatoria y, dentro de ella, fundamentalmente a la libre valoración de la prueba, en donde de conformidad con la LECrim, la apreciación en conciencia ha de recaer, en primer lugar, en auténticas pruebas y no en meros actos instructorios; en segundo, dichas pruebas han de ser lícitas y, finalmente, tales pruebas han de practicarse, como regla general, en el juicio oral.

El acotamiento, pues, de esta actividad probatoria, suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria requiere el cumplimiento de las **siguientes garantías o notas esenciales**:

- En primer lugar, la presunción de inocencia op**era dentro de las reglas de distribución de la carga material de la prueba**, desplazándola hacia la acusación.
- En segundo lugar, la presunción de inocencia **confiere al encausado el derecho a no ser condenado**, sino con arreglo a auténticos actos de prueba, válidos y no mediante la confesión vertida en un atestado policial o a través de meros actos instructorios.
- Y finalmente, el acusado no **puede ser condenado exclusivamente mediante declaraciones testificales** de coinvestigados o de testigos indirectos.

## 1. LA CARGA MATERIAL DE LA PRUEBA.

Corresponde, en primer lugar, exclusivamente a las partes acusadoras y no, a la defensa, proponer y ejecutar una prueba válida y suficiente para demostrar la participación del encausado en el hecho punible.

La primera garantía que produce la «presunción de inocencia» consiste, pues, en un reforzamiento de la carga de la prueba en las partes acusadoras, quienes han de probar, en el juicio, los elementos constitutivos de la pretensión penal.

A la acusación corresponde, pues, y no a la defensa la realización de esa *«actividad probatoria de cargo»* necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia.

## 2. LOS ACTOS DE PRUEBA.

La presunción de inocencia **exige que la sentencia de condena se funde en auténticos actos de prueba practicados en el juicio oral**, lo que impide valorar como prueba los actos instructorios.

Dicha regla general tan sólo puede tener como excepción la *«prueba anticipada o preconstituida»,* que haya sido practicada en la instrucción, esto es, que no pueda ser reproducida el día de la celebración del juicio oral, haya sido intervenida por una Autoridad independiente u órgano jurisdiccional, con posibilidad de contradicción y con escrupuloso respeto del derecho de defensa y sea introducida en el juicio oral a través de la lectura de documentos.

Para que un **documento sumarial** pueda excepcionalmente **ser valorado como prueba** por el tribunal sentenciador es **necesario** que:

- El objeto que contiene se reproduzca en el juicio oral a través de la correspondiente prueba personal.
- Se ratifiquen en su contenido sus autores y se dé lectura, para su confrontación, al documento sumarial.

Y que permita a las partes la posibilidad de contradecirlo en dicho acto.

## 3. LOS ATESTADOS Y DEMÁS ACTOS DE INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL.

La presunción de inocencia despliega también sus **efectos sobre el atestado policial y la declaración del detenido,** de tal suerte que:

- Nadie puede ser condenado con base en su sola confesión prestada en Comisaría.
- Los atestados e informes tienen el mero valor de denuncias y, por lo tanto, no pueden ser considerados como *«medio»,* sino como *«objeto»* de prueba.

Por consiguiente, si las partes acusadoras pretenden que los hechos vertidos en el atestado puedan ser estimados como probados por el Tribunal sentenciador, será necesario recibir declaración, en calidad de testigo y en el juicio oral, al funcionario de policía que intervino en el atestado.

Pero, según lo dispuesto en el Acuerdo de la Sala Penal del TS, de 4 de junio de 2015, las declaraciones del detenido o testigos, ni pueden ser valoradas como pruebas, ni *«pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron».*

No obstante, la más reciente doctrina jurisprudencial ha venido a **otorgar**, aunque de forma excepcional, un **cierto valor de prueba a las actuaciones policiales constitutivas** de prueba preconstituida, esto es, en las que concurran, entre otros, los siguientes **requisitos:**

- Han de tener por objeto la mera constatación de datos objetivos, lo que acontece con las fotografías, croquis, los resultados de pruebas alcoholimetrías unidas a prueba suficiente sobre la influencia del alcohol en la conducción, etc.
- Que sean irrepetibles en el juicio oral.
- Que sean ratificadas en el juicio, mediante la declaración personal del policía, como testigo de referencia que intervino en el atestado.

## 4. LA «PRUEBA PROHIBIDA».

La presunción de inocencia exige que **una actividad jurisdiccional no pueda practicarse** con **vulneración de las normas** tuteladoras de los derechos fundamentales.

Constituyen claros supuestos de *«prohibición de valoración de la prueba»:*

- La que pudiera obtenerse mediante vulneración de garantías constitucionales, tales como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones.
- La obtenida con violación de derechos fundamentales.
- Y la constituida a través de medios que la Constitución prohíbe o expresamente no autoriza.

## 5. LA DECLARACIÓN DE COINVESTIGADOS.

El TC ha podido poner en cuestión el testimonio de los coinvestigadores, ya que su estatus procesal es distinto al de un testigo imparcial, quien tiene la obligación de comparecencia y de decir la verdad.

Por el contrario, el **coinvestigador puede impunemente mentir** y, en la medida en que, mediante la falsa incriminación de los demás coinvestigadores, pueda **obtener su exoneración** de responsabilidad penal u obtener, para él, situaciones materiales de ventaja, está objetivamente interesado en efectuar calumniosas imputaciones contra los demás encausados.

Por ello, es doctrina reiterada del **TC** la que **no se puede fundar una Sentencia de condena exclusivamente en la declaración de un coinvestigador**, la cual precisa ser corroborada mediante otros medios de prueba y que se garantice siempre la posibilidad de contradicción.

## 6. LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS INDIRECTOS.

También es una doctrina del **TC**, la de que **no puede el tribunal penal fundar su sentencia exclusivamente en la declaración de un testigo indirecto**, cuando el testigo directo pudo acudir y no lo hizo a la celebración del juicio oral a fin de prestar en él su declaración.

En tal supuesto, no puede sustituir el tribunal dicha declaración del testigo directo por otra del testigo indirecto o de referencia que conoce meramente «de oídas» los hechos que se le imputan al encausado.

## 7. OBLIGACIÓN DEL TRIBUNAL DE RAZONAR LA PRUEBA.

El Tribunal debe **motivar su sentencia**, lo que en el ámbito del proceso penal significa fundamentalmente razonar la prueba. Ello, por varias **razones**:

1. Porque el deber de motivar la sentencia se encuentra implícito en el derecho a la tutela, máxime cuando de esta falta de motivación pudiera derivarse la infracción de un derecho fundamental, como lo es el derecho a la libertad.
2. Porque de no reflejarse expresamente en ella la prueba de cargo, el TC no podría, si dicha prueba es la indiciaría, apreciar si se ha producido o no una vulneración de la presunción de inocencia, para lo cual es necesario, tanto probar plenamente los hechos base o indiciarios, cuanto determinar el razonamiento lógico-deductivo, conforme al cual, partiendo del hecho base se pueda demostrar o inferir la conclusión.
3. Porque tampoco el Tribunal *«ad quem»* podría, en una apelación o casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, revisar si el órgano «a quo» incurrió o no en un vicio *«in iudicando»*, por lo que, de admitir lo contrario, se infringiría también el «derecho a los recursos», implícito en el derecho a la tutela.

Pero, una vez plasmado el referido razonamiento en la sentencia, **el TC no puede entrar a conocer de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal ordinario**, la cual incumbe exclusivamente y conforme a su íntima convicción a dicho tribunal de instancia, que, como consecuencia de la vigencia del principio de inmediación, es en esta materia soberano, sin que el Tribunal Constitucional constituya tribunal de apelación alguno.

## III. EL DERECHO A LOS RECURSOS. EXAMEN***

El derecho a los recursos es un **derecho fundamental que asiste exclusivamente al condenado** en un proceso penal, consistente en **obtener la revisión jurisdiccional** de su **Sentencia condenatoria**

### 1. NORMATIVA.

El derecho a los recursos se encuentra previsto en el **Protocolo nº.7 al CEDH**, conforme al cual «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluido los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley».

Así lo ha reiterado también el **TC**, declarando que **el derecho a los recursos está implícitamente recogido en el «derecho a la tutela»**, si bien ninguna dificultad surgiría a la hora de tipificarlo en el derecho a un «proceso con todas las garantías».

### 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

1. La primera nota que cabe señalar es que su ámbito de aplicación se ciñe al procedimiento penal, por lo que no es directamente invocable en otros órdenes jurisdiccionales, con respecto a los cuales «el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, estableciendo los supuestos en los que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización». Pero, en el proceso penal, dicho derecho fundamental es predicable en todos ellos, incluido el juicio de delitos leves.

2. En segundo lugar, el referido derecho a los recursos tan sólo puede ser reclamable contra las sentencias de condena («fallo condenatorio») y no contra otras resoluciones que, como es el caso de los autos de sobreseimiento, ponen fin al proceso.

3. En tercer lugar, el titular de dicho derecho es el «condenado» por una Sentencia penal, razón por la cual no le asiste, ni al responsable civil, ni al acusador popular o particular.

Sin embargo, faltaba una reforma procesal que instaurase el derecho a la segunda instancia penal, la cual formuló nuestra LECrim en el art. 846 ter.

### 3. CONTENIDO.

Según la doctrina del TC, el contenido de dicho derecho se reduce a someter a un Tribunal superior el fallo condenatorio y la pena, «conforme a lo prescrito por la Ley», de tal suerte que hay que estimarlo cumplido si al recurrente se le permite el acceso a la instancia legalmente preestablecida o el ejercicio de los recursos establecidos en la Ley. Por ello, no infringe este derecho fundamental el caso de las personas aforadas del TS, contra cuya sentencia no cabe la interposición de recurso alguno, ni vulnera al art. 24 CE la condena emitida por un Tribunal superior, cuando revoca una absolución efectuada por el órgano de instancia.

Por el contrario, habrá que entender infringido el precepto cuando la Ley no prevea recurso alguno contra el fallo condenatorio dictado en primera instancia o cuando no se admita el recurso «de plano» por una defectuosa notificación o mediante la invocación de la ausencia de requisitos fácilmente sanables, porque el referido derecho conlleva el de la obtención de una sentencia de fondo en la segunda instancia, así como el de ser citado y poder comparecer en ella, garantizándosele al recurrente la asistencia de abogado.

# Lección 4 LOS PROCESOS PENALES. PROCESOS ORDINARIOS: EL «SUMARIO ORDINARIO» Y EL PROCESO PENAL ABREVIADO

## I. SISTEMATIZACIÓN.

De esto modo, la LECrim contempla y regula los siguientes tipos de procesos penales:

1) El **proceso ordinario** o sumario ordinario.
2) El **procedimiento abreviado**.
3) El **procedimiento para el juicio sobre delitos leves**.
4) El **procedimiento para el enjuiciamiento rápido**.
5) Procesos especiales:
   a) Procedimiento contra Diputados y Senadores (arts. 750 y ss. LECrim).
   b) Proceso por aceptación de decreto (arts. 803 bis a y ss. LECrim).
   c) Procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares (arts. 804 y ss LECrim).
   d) Procedimientos por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de reproducción (arts. 816 y ss. LECrim).
   e) Procedimiento para la extradición (arts. 824 y ss. LECrim)
   f) Procedimiento contra reos ausentes (arts. 834 y ss. LECrim)

Por su parte, en Leyes especiales encontramos los siguientes procesos penales:

1) **El Proceso ante el Tribunal del Jurado**
2) **Proceso penal de menores**
3) **Proceso penal militar**.

## II. EL PROCESO COMÚN O «SUMARIO ORDINARIO».

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN, NORMATIVA Y FASES.

El proceso ordinario por delitos graves «sumario ordinario», resulta procedente para el enjuiciamiento de las causas por delito que tengan señalada por la Ley pena privativa de libertad superior a nueve años (art. 757 LECrim), con excepción de los delitos que deban enjuiciarse por el Tribunal del Jurado o sean cometidos por personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, en cuyo caso rige el procedimiento de la LOTJ y de la LO 5/2000, respectivamente.

Las **normas por las que se rige este procedimiento** son también de **aplicación supletoria** para los demás **procedimientos, tanto ordinarios, como especiales**. Prevalecen en caso de duda o colisión de normas dada su vis atractiva dimanante de su carácter de proceso común.

Las fases en las que se divide este procedimiento declarativo son las propias de cualquier procedimiento penal:

- Iniciación;
- Fase instructora o «sumario»;
- Fase intermedia y
- Juicio oral, cuyo conocimiento se distribuye entre el Juzgado de Instrucción (fase de instrucción) y la Audiencia Provincial (fase intermedia y enjuiciamiento o juicio oral)

### 2. INICIACIÓN.

La iniciación de este procedimiento puede **ser originaria** cuando en la primera calificación de la «*notitia criminis*» el Juez de Instrucción llega a la conclusión de que, en atención a la gravedad del delito, ha de resultar de aplicación el «sumario ordinario», **o por conversión de otro procedimiento** ordinario, normalmente de unas Diligencias Previas del proceso penal abreviado.

El sumario ordinario podrá iniciarse **por cualquiera de los medios de incoación** del proceso penal, denuncia, querella o iniciación de oficio.

## 3. FASE DE INSTRUCCIÓN.

Recibe la denominación de «**sumario**» consistente en **preparar el juicio oral,** y tres funciones específicas:

a) **efectuar actos instructorios tendentes** a averiguar la preexistencia y tipicidad del hecho y su autoría y que carecen de valor probatorio, excepción hecha de los supuestos de prueba anticipada y preconstituida;
b) **adoptar medidas cautelares** penales, y
c) disponer **medidas cautelares civiles** o aseguratorias de la pretensión civil.

El sumario, integrado por cuatro «piezas» (la principal, la personal, la de responsabilidad civil y la de terceros) está **informado por el principio de la escritura** y transcurre **ante el Juez de Instrucción** competente, bajo la inspección directa del MF.

Como acto judicial específico de imputación del procedimiento ordinario destaca el **auto de procesamiento**, que determina la legitimación pasiva.

## 4. FASE INTERMEDIA.

La finalidad esencial de la fase intermedia consiste en **decidir acerca de la apertura o no del juicio oral.**

La fase intermedia **comienza con el auto de conclusión de sumario**, a partir de cuyo pronunciamiento pierde el Juez su competencia funcional que pasa a conferirse a la Audiencia Provincial, y **puede finalizar** con alguna de estas tres soluciones:

1. la **revocación del sumario**, con el objeto de practicar nuevas diligencias que alguna de las partes estime necesarias para la adecuada preparación del juicio oral;
2. el **sobreseimiento** o
3. la **apertura del juicio oral**, que podrá, a su vez, desembocar en
    a. un sobreseimiento o
    b. en la formalización por las partes de sus escritos de calificación provisional.

## 5. EL JUICIO ORAL.

Aun cuando el juicio oral comienza formalmente con el auto de apertura, desde un punto de vista material, dicha fase tan **sólo sucede con la formalización de los escritos de calificación provisional**, pues sin acusación no puede existir juicio.

Así, pues, el juicio oral **se inicia** con los escritos de acusación y defensa y **finaliza** mediante sentencia, sin que el Tribunal (AP o AN), a partir del trámite de calificación, pueda utilizar la formula del sobreseimiento.

Dentro de esta importante fase, en donde ha de transcurrir la actividad probatoria, pueden distinguirse las siguientes subfases: actos previos al juicio, la conformidad, ejecución de la prueba, conclusiones definitivas, informes, última palabra y sentencia.

## III. EL PROCESO PENAL ABREVIADO.

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN, NORMATIVA Y FASES.

Para **delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años**, o bien con cualesquiera **otras penas de distinta naturaleza**, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

El procedimiento abreviado es un verdadero **proceso penal ordinario**, **operativo** única y exclusivamente **en función de la cuantía de la pena** asignada al delito objeto de enjuiciamiento y, por otra, es un **proceso penal tipo**, por el que se encauzan la investigación y el enjuiciamiento de la inmensa mayoría de hechos delictivos.

Como regla general los Juzgados de Instrucción proceden siempre a la apertura de «**diligencias previas**» y, sólo en el momento final de la instrucción, es cuando decide el Juez si convierte las diligencias previas en sumario, en el procedimiento instructorio regulado en la Ley del Jurado, si califica la conducta investigada como delito leve o remite el procedimiento a la Jurisdicción y procedimiento militar o de menores, todo ello para que el objeto procesal se dilucide a través del procedimiento penal adecuado.

El **proceso penal abreviado** se **estructura** en las siguientes FASES: iniciación, fase de instrucción o diligencias previas, fase intermedia o de «preparación del juicio oral» y juicio oral, siendo las dos primeras (instrucción y fase intermedia) competencia del Juez de Instrucción y la del juicio oral competencia del Juez de lo Penal (o Central de lo Penal) o de la Audiencia Provincial (o AN).

#### A) Investigación preliminar.

Las **diligencias informativas** del MF o investigación preliminar **que puede practicar** el Ministerio Público, con **anterioridad a la incoación de la instrucción judicia**l.

Cuando el MF tenga noticia de un hecho delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, puede practicar la totalidad de los actos de investigación (declaraciones de imputados, testigos, peritos, etc.) dirigidos a determinar «la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo», **con dos importantes limitaciones**: que no entrañen restricción de los derechos fundamentales, ni la adopción de medidas cautelares, salvedad hecha de la detención.
A tal efecto, puede ordenar a la Policía Judicial que practique tales diligencias y puede citar de comparecencia para prestar la «declaración para ser oído» que, si fuere incumplida, podrá convertirse en orden de detención.

Dichas diligencias informativas, que **no podrán durar**, como regla general, **más de seis meses**, han de **finalizar** con cualquiera de estas dos resoluciones alternativas: mediante una **resolución de archivo** o mediante la **presentación** de la pertinente **denuncia o querella** ante el Juzgado competente.

La Policía Judicial debe informar a las víctimas de sus derechos, así como al imputado no detenido de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten, puede practicar citaciones de comparecencia ante el Juez, disponer la realización de informes periciales, redactar «actas de constancia», etc.

## 2. INICIACIÓN.

La única **especialidad** que presenta el procedimiento abreviado, en lo que a su iniciación concierne, es la de que la **comparecencia de los ofendidos y perjudicados a través del ofrecimiento de acciones o mediante su intervención adhesiva,** de cuyo derecho les informará el Letrado de la Administración de Justicia, puede efectuarse mediante simple comparecencia «*apud acta*», sin necesidad de interponer querella.

Pero esta facultad no alcanza al querellante público o acusador popular que pretenda intervenir en una instrucción en curso, en cuyo caso habrá de deducir escrito de querella.

## 3. FASE DE INSTRUCCIÓN.

Una vez que el **Juzgado de Instrucción haya recibido la denuncia** o querella, el atestado policial o las diligencias preprocesales del MF, si considera que los hechos presuntamente delictivos entran dentro del ámbito del procedimiento abreviado, **ordena la formación de «diligencias previas»,** denominación que recibe la fase de instrucción en este procedimiento y que asume las mismas funciones que el sumario en el proceso común.

Debe **practicarse** en esta fase del proceso la **primera comparecencia del imputad**o ante el Juez de Instrucción.

Practicadas sin demora las diligencias de investigación que resulten pertinentes, y en todo caso el interrogatorio del imputado y la información de sus derechos a los perjudicados, salvo que ésta última resultara imposible, el **Juez de Instrucción ha de realizar una nueva calificación** indiciaria de los **hechos objeto de investigación** y adoptar alguna de las siguientes resoluciones:

a) El sobreseimiento que corresponda, si el hecho no es constitutivo de infracción penal o no aparece suficientemente justificada su perpetración.
b) La remisión de lo actuado al Juez competente, si el hecho que hubiera dado lugar a la formación de las diligencias previas fuera constitutivo de delito leve, salvo que el enjuiciamiento del delito leve sea de su competencia.
c) La inhibición al órgano competente, si el hecho estuviere atribuido a la jurisdicción militar, o la remisión de las actuaciones al Fiscal de Menores, si todos los imputados fueren menores de edad.
d) La continuación del procedimiento conforme a los trámites del proceso común.
e) La continuación del procedimiento por los trámites del proceso penal abreviado, en cuyo caso dictará Auto de imputación formal o **auto de transformación del procedimiento penal abreviado** susceptible de ser impugnado mediante el recurso de apelación.

## 4. FASE INTERMEDIA.

Esta fase de preparación del juicio oral, **se desarrolla ante el Juez de Instrucción** comienza desde el momento en que el Juez dicta el «Auto del PPA» o resolución acordando seguir los trámites del procedimiento abreviado y tiene por finalidad la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral y, en su caso, la fijación del procedimiento adecuado y del órgano competente para el posterior enjuiciamiento.

Dentro de esta fase quedan comprendidas las siguientes **actuaciones**:

(a) traslado de las diligencias previas al MF y a las acusaciones personadas, incluida la defensa
(b) petición de diligencias complementarias,
(c) solicitud de sobreseimiento
(d) petición de apertura del juicio oral, con la presentación del escrito de acusación;
(e) escrito de defensa y
(f) traslado de las actuaciones al órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento.

## 5. JUICIO ORAL.

Última fase que **se desarrolla ante el Juez o Tribunal competente** para el enjuiciamiento, esto es, el **Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial**, según la gravedad del hecho punible (menos o más de 5 años de pena privativa de libertad correspondiente al hecho enjuiciado: art. 14.3 y 4 LECrim), y en el que se desarrolla la **actividad probatoria y el juicio** en virtud del cual se dicta sentencia.

Las actuaciones que suceden en dicha fase pueden ser sistematizadas en:

(a) examen y admisión o rechazo de las pruebas propuestas por las partes en los escritos de acusación y defensa;

(b) señalamiento de la fecha para el comienzo de las sesiones del acto del juicio oral; y

(c) celebración del juicio oral.

Como característica específica del procedimiento abreviado, destaca la **posibilidad de celebración del juicio oral en ausencia del acusado** si previa solicitud del MF o de la parte acusadora, y oída la defensa, el Juez o Tribunal estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

Asimismo, destaca la celebración, dentro del juicio oral, de la fase de alegaciones previas, también denominada «**audiencia preliminar**», cuya finalidad esencial consiste en acumular en un solo acto la resolución de toda una serie de cuestiones que en el proceso común dan lugar a sucesivas incidencias que dilatan el proceso, tales como la competencia del órgano judicial, la vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral y, por último, sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto.

# Lección 5 EL JUICIO SOBRE DELITOS LEVES

## I. CARACTERES GENERALES

El tradicional juicio de faltas esta arbitrado para el enjuiciamiento de las infracciones penales constitutivas de estos actos antijuridicos, que la LO 1/2015 despenalizó en unos casos y en otros convirtió en "delitos leves".

Los **art 962-977 LECrim** contemplan un procedimiento sustancialmente acelerado para el juicio sobre los delitos leves. Su **principalcaracterísticas** es la **ausencia legal** de la "fase instructora" introducido por la Ley 38/2002.

Se trata de un procedimiento manifiestamente informado por el principio de oralidad y por sus principios-consecuencia: la inmediación, concentración y publicidad.

## II. COMPETENCIA Y CAPACIDAD DE POSTULACION

**1. La competencia objetiva genérica la ostenta** con **un carácter compartido** los Jueces de Instrucción y los Jueces de Violencia sobre la mujer.

Los Juzgados de Instrucción para la totalidad de los delitos leves, excepto los que corresponda al Juez de Violencia sobre la mujer.

Las normas relativas a la competencia objetiva son de orden público. Si dentro de la fase instructora procede la remisión a un juicio por los delitos leves salvo en supuestos de infracciones incidentales, **no rige la regla** "el que puede lo más puede lo menos", sino que **debe el Juez reconducir el procedimiento al juicio por delitos leves** remitiendo las actuaciones al Juzgado competente.

La competencia para el conocimiento de **los delitos leves** cometidos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad corresponden a los Juzgados de Instrucción.

**2. En cuanto a la competencia territorial** rigen las normas comunes de la LECRIM (art 14 y 15) del "locus delicti" **excepto** cuando se trate de alguno de los delitos leves cuyo conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la mujer. En estos casos la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.

**3. La competencia funcional** corresponde :
- **en primera instancia** a los Juzgados de Instrucción o de Violencia sobre la mujer
- **en segunda instancia** a la Audiencia Provincial en Sala constituida por un Magistrado (si la sentencia recurrida procede de un Jugado de Instrucción o de un Juzgado de Violencia sobre la mujer).

**4. En cuanto al presupuesto procesal de la capacidad de postulación**, la asistencia de Abogado es potestativa si bien "…*para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación".*

El TC ha reconocido el derecho a la **designación de Abogado de oficio** en **los juicios de faltas** cuando su ausencia pudiera provocar una desigualdad de armas frente a la contraparte que se hubiera provisto de Abogado.

## III. INICIACION (arts. 7791.2º y 798 2. 1º LECRIM)

Los actos de iniciación son los ordinarios. Con respecto a la **querella**, consecuente con la no obligatoriedad de la representación con Procurador y defensa mediante Abogado, **exime de la necesidad de** "firma de abogado y procurador" a las que tuvieren por objeto un juicio sobre delitos leves.

Este proceso puede iniciarse:
- mediante **la transformación** de un procedimiento penal abierto por delito,
- por **conversión** de unas diligencias previas de un procedimiento abreviado o de las diligencias urgente del juicio rápido

## IV. FASE PREPARATORIA O "INSTRUCTORA"

Una de las características esenciales de este procedimiento es **su ausencia legal de fase instructora**. El art 964.2 LECrim señala que **el Juzgado de Guardia** celebrará de forma inmediata el juicio sobre delitos leves, una vez recibido el atestado y solo en los casos en que se hubiera iniciado el proceso por denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial.

- Si no fuera posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia, el LAJ procederá al señalamiento para la celebración de juicio y a las citaciones procedentes para el día hábil más próximo posible, en plazo no superior a siete días.
- Para evitar las acusaciones infundadas será conveniente oír al imputado con anterioridad a la apertura del juicio oral o la de prácticas determinadas diligencias necesarias para una más completa calificación de la ***"notitia criminis"*.** En la práctica forense se prestará declaración al imputado y se practicarán todos los actos de investigación necesarios para la adecuada preparación del juicio.

La preparación del juicio sobre delitos leves requiere de la **práctica de las citaciones necesarias** para procurar la presencia en la vista del imputado, del querellante, o denunciante, de los testigos y de los peritos.

- En las **citaciones al denunciante, ofendido o perjudicado y al imputado** se les informará de que pueden ser asistidos por Abogado si lo desean y que deberán acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse. Se acompañará copia de la querella o de la denuncia que se haya presentado.

## V. JUICIO ORAL

### 1. INEXISTENCIA DE FASE INTERMEDIA

Una vez recibido el atestado y en todos los casos en que se hubiera iniciado el proceso por denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial, "… *el juez podrá adoptar alguna de las siguientes resoluciones:*

> *a)* ***Acordará el sobreseimiento del procedimiento*** *y el archivo de las diligencias cuando resulte procedente. La resolución del sobreseimiento será notificada a los ofendidos por el delito.*

*b) **Acordará celebrar de forma inmediata el juicio** si, estando identificado el denunciado, fuere posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia...*

La LO 1/2015 introduce un **nuevo motivo** de **sobreseimiento por razones de oportunidad** en los tradicionalmente conocidos "delitos bagatela". *"Acordará el sobreseimiento… cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:*

*a) El **delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad** a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor,*

*b) **No exista un interés público relevante en la persecución del hecho**. En los delitos leves patrimoniales, no existe interés publico relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito ".*

La Ley no prevé ningún tramite acerca de la conformidad aunque es posible admitir el allanamiento a la pretensión del acusador. El juez el Juez dará por finalizado el juicio.

Se pueden plantear, con carácter previo y suspensivo, "artículos de previo pronunciamiento". Las cuestiones previas podrán ejercitarse como defensas acumuladas al fondo del asunto.

## 2. EL DERECHO AL CONOCIMIENTO DE LA ACUSACIÓN

El juicio oral **será publico y se iniciará** "por la lectura de la querella o de la denuncia, si las hubiera". (art 969 LECrim). El proceso también puede iniciarse de oficio ya que la LECrim es de aplicación supletoria.

La ley no tiene en cuenta que ni la querella ni la denuncia constituyen acta acusatoria alguna por lo que será art 24.2 CE el que se tenga en cuenta para reconocen el derecho del imputado al conocimiento previo de la acusación. El TC reconoce la plena aplicación de este articulo en el juicio sobre delitos leves.

A falta de denuncia o querella, **debe el MF** (o el funcionario de la policía judicial en quien delegue) **realizar una sucinta exposición oral de la acusación** ( determinación del hecho punible, su calificación lega y la de su autor), y el LAJ deberá levantar acta.

*Los Fiscales podrán dejar de asistir al juicio y de emitir cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En estos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena.*

## 3. EJECUCIÓN DE LA PRUEBA

En el juicio sobre delitos leves rige la regla de que **tan solo constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia la practicada en el juicio oral** bajo los principios de contradicción, inmediación y publicidad.

**Fuera de los supuestos** de la prueba documental preconstituida y anticipada **el Juez no puede fundar una sentencia** de condena en pruebas no ejecutadas en el juicio oral.

- La proposición de la prueba se efectúa verbalmente al inicio del juicio donde las partes acusadoras, privadas y públicas, propondrán por ese orden la prueba que, se ejecuten en el acto, una vez admitidas.
- Se oirá al acusado y se ejecutará la prueba por él propuesta y que resultará pertinente.
- Finalizada la fase probatoria, se efectuarán los informes orales por este orden
  1. el MF o funcionario de la policía judicial
  2. las demás partes acusadoras
  3. el acusado (art. 969.1º LEC).
- Las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación debiendo el LAJ custodiar el documento y pudiendo las partes pedir copia de las grabaciones originales.
- La ausencia del acusado, debidamente citado a juicio, no suspenderá la celebración del juicio oral, salvo que se crea necesaria su declaración.

## 4. SENTENCIA

La **sentencia** recaída en el juicio sobre delitos leves habrá de ser **congruente con el hecho punible.**

Si el Juez considerara que el **hecho enjuiciado es constitutivo de delito** habrá de **inhibirse y remitir** las actuaciones al Juzgado de Instrucción. Si incumple esa obligación ocasionará la **nulidad de la sentencia** y posibilitará la incoación del oportuno proceso penal por delito, aun cuando las sentencias emanadas en los juicios sobre delitos leves producen la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada

El art 975 LEC posibilita las sentencias "in voce", ya que prohíbe el ejercicio de los recursos si, conocido el fallo, las partes expresan su voluntad de no ejercitar recurso alguno.

La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento. Se hará constar los recursos procedentes contra la resolución comunicada, el plazo para su representación y órgano judicial ante quien deba interponerse.

# Lección 6 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL (I): JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA OBJETIVA

## I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES: CONCEPTO Y CLASES.

Tanto en el **proceso penal cómo en el civil** es necesario que **las partes cumplan** con determinados presupuestos procesales que **son requisitos previos al proceso, sin cuyo cumplimiento** no puede válidamente instaurarse, ni puede el Juez entrar en el examen jurídico material de la pretensión; es decir, **no puede dictar una sentencia de fondo.**

Estos **requisitos formales**, de obligada observancia en el momento del ejercicio del derecho de acción y de la sentencia, **condicionan la admisibilidad de la pretensión**.

- **Sin su concurrencia** el Juez **no puede entrar a examinar la pretensión** que quedará imprejuzgada. En este caso **se pronunciará una «sentencia absolutoria en la instancia»** que posibilitaría el ejercicio de la acción e interposición de la misma pretensión en un ulterior proceso declarativo, por carecer de los efectos materiales de la cosa juzgada,

En el proceso penal contemporáneo no caben dichas sentencias absolutorias (art. 742.I LECrim). Por eso tanto **la fase instructora, como la intermedia** están **dedicadas a purgar el proceso de los obstáculos procesales** que impedirían una sentencia de fondo.

Tales presupuestos procesales, pueden ser sistematizados en

- **Presupuestos del órgano jurisdiccional** son la jurisdicción y la competencia en sus diversas modalidades (objetiva, territorial y funcional);
- **Presupuestos de las partes** son la capacidad para ser parte y de actuación procesal, la representación y la postulación procesal;
- **Presupuestos del objeto procesal** viene determinados por el procedimiento adecuado, la litispendencia y la cosa juzgada.

## II. ÓRGANOS JURISDICCIONALES PENALES.

En el orden **jurisdiccional penal coexisten unos órganos jurisdiccionales unipersonales**, a los que la LOPJ denomina Juzgados y **otros, de carácter colegiado**, que se denominan Tribunales.

A) Son **órganos jurisdiccionales penales unipersonales**: Los Juzgados de Paz, los Juzgados de Instrucción y Centrales de Instrucción, los de Violencia sobre la Mujer, los Juzgados de lo Penal y Centrales de lo Penal y los Juzgados de Menores y Central de Menores.

B) Y son **órganos colegiados:** las Audiencias Provinciales, con o sin Tribunal del Jurado, los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Civil y Penal), la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Al **orden jurisdiccional penal pertenecen** también

- los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que tienen como misión la aplicación de la Ley General Penitenciaria y, revisar la relación administrativa de los presos con la Dirección del Centro penitenciario y el régimen de sanciones de la población reclusa.

- El Tribunal Supremo conoce la Sala 5ª o de lo Militar (art. 23 LOCOJM) que conoce de la responsabilidad penal contra Autoridades militares aforadas.

## III. LA JURISDICCIÓN.

**La jurisdicción** es una **manifestación de la soberanía del Estado** entendida como el **otorgamiento por la CE a los Tribunales españoles de la potestad de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»** (art. 117.3CE), es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación con determinados comportamientos delictivos uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del Derecho penal, al *ius puniendi* que la Ley le atribuye.

La jurisdicción **tiene carácter previo** a la **competencia** y no puede ser confundida con ella.

- la **competencia** supone **atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una cierta clase de asuntos** de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción.

Para determinar el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional penal son necesarios tres criterios diferentes:

1. Es necesario **precisar el ámbito objetivo interno** sobre el que opera la jurisdicción penal (límites objetivos);
2. Hay que examinar acerca del **ámbito de atribuciones de la jurisdicción española** desde el punto de vista internacional (límites territoriales).
3. Hay que analizar los **supuestos de inviolabilidad o inmunidad** de la que gozan determinadas **autoridades** (límites subjetivos).

### 1. LÍMITES OBJETIVOS.

Según los arts. 9.3 LOPJ y 10 LECrim («*la Jurisdicción Penal conoce de las causas y juicios criminales*»), **los órganos judiciales integrantes del orden penal** extienden su **conocimiento** a los **procesos de índole penal** para el enjuiciamiento de aquellos **comportamientos o conductas tipificadas como delito en el Código Penal** y leyes penales especiales y que **hayan sido realizadas dentro de la Jurisdicción del Estado español** o, lo que es lo mismo, el orden penal está destinado a la actuación del «*ius puniendi*» del Estado.

**Excepción**: los **hechos ilícitos** constitutivos de delito que correspondan a la **Jurisdicción militar** (art. 9.3 LOPJ), que conforma la **única jurisdicción especial** que constitucionalmente legitima su subsistencia, siempre y cuando **se limite su actuación al «ámbito estrictamente castrense»**.

### 2. LÍMITES TERRITORIALES. (ART.23 LOPJ)

#### A) A) fuero territorial.

La extensión de la **jurisdicción viene determinada por el territorio mismo** y en atención al principio de territorialidad, «*en el orden penal **corresponderá a la jurisdicción española** el conocimiento de las **causas por delitos y faltas*** (en la actualidad, delitos leves) *cometidos **en territorio español** o cometidos **a bordo de buques o aeronaves españoles**, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte*» (art.

## B) Fueros extraterritoriales.

### a) Fuero de la nacionalidad

Según **el «principio de nacionalidad»,** nuestros Juzgados y Tribunales penales podrán conocer de **delitos tipificados en nuestro ordenamiento penal,** pero **cometidos fuera del territorio nacional**, cuando los penalmente responsables fueran españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieran los siguientes requisitos:

a) Que el **hecho sea punible en el lugar de ejecución**, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el **ofendido o el MF interpongan querella** ante los **Tribunales españoles.**

c) Que **el presunto autor del hecho delictivo no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero** o, en este último supuesto, no haya cumplido condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda, para evitar la infracción del «*non bis in idem*».

### b) Fuero de la tutela estatal

Se **atribuye a la jurisdicción española** el **conocimiento de los más graves delitos contra el Estado o la Corona,** rebelión y sedición, falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales, falsificación de moneda española, así como cualquier otra falsificación que perjudique directamente el crédito o interés del Estado, atentados contra autoridades o funcionarios públicos españoles, delitos cometidos por funcionarios públicos en el extranjero, contra el control de cambios, entre otros («principio real o de protección»).

### c) Fuero de la «jurisdicción universal»

De acuerdo con los Convenios Internacionales sobre la materia se consagra el «**principio de universalidad o jurisdicción universal»,** según el cual la **jurisdicción penal española** es competente para el **conocimiento de determinados delitos que lesionan bienes jurídicos** que **afectan** a la **Comunidad Internacional** en su conjunto.

La nueva regulación de la llamada **«justicia universal»,** se sintetiza en los siguientes aspectos esenciales:

1. **Se amplía la lista de delitos** que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de **ser perseguidos por la jurisdicción española**.
    a. los tradicionales delitos de genocidio, lesa humanidad, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces

b. se incorporan los delitos sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero.

2. **Se restringe el ejercicio de la jurisdicción universal a la concurrencia de determinados requisitos de conexión con el hecho delictivo**, tales como que el presunto responsable del ilícito penal sea español o extranjero con residencia habitual en España o que el procedimiento se dirija contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por nuestras autoridades o que la víctima fuera española.
    - Estos puntos de conexión se especifican para cada delito en particular, exigiendo su presencia en unos casos de forma acumulativa y, en otros, alternativa.
3. Se **refuerza el carácter subsidiario de la jurisdicción universal**, **excluyendo la jurisdicción de los Tribunales españoles** cuando ya **se hubiese iniciado** un procedimiento en un Tribunal Internacional
    - O por la **jurisdicción del país** en que hubieran sido cometidos los hechos delictivos
    - O de **nacionalidad de la persona** a que se impute su comisión, siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional.

    En todo caso, los Jueces y Tribunales españoles **se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción** si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.
4. **Se suprime el ejercicio de la acusación popular,** exigiéndose como requisito de perseguibilidad la previa interposición de querella por el agraviado o por el MF.
5. **Se ordena el sobreseimiento de las causas** que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos en ellas establecidos.

## 3. LÍMITES SUBJETIVOS.

El principio de territorialidad **admite excepciones** en atención a la **inviolabilidad** de la que gozan **determinadas personas tanto nacionales, como extranjeras**.

**Gozan de la INVIOLABILIDAD:**

- El Rey, de forma absoluta (art. 53.2 CE);
- los Diputados y Senadores, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones y durante el período de su mandato (art. 71.1 CE);
- los Diputados del Parlamento Europeo,
- los Parlamentarios de las Comunidades Autónomas, según sus respectivos Estatutos de Autonomía;
- el Defensor del Pueblo y sus adjuntos, por las opiniones que efectúen en el ejercicio de sus funciones (art. 6 LO 3/1981);
- los Magistrados del Tribunal Constitucional, por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones (art. 22 LOTC 2/1979).

**Se reconoce INMUNIDAD de Jurisdicción** a los extranjeros «establecidos en normas de Derecho Internacional Público», es decir, los jefes de Estado extranjeros, diplomáticos, miembros de las misiones acreditadas ante los distintos organismos de las Naciones Unidas, miembros del Consejo de Europa, eurodiputados, representantes de los Estados miembros de la OTAN, etc.

## IV. COMPETENCIA OBJETIVA.

La competencia objetiva es **el conjunto de normas procesales que delimitan**, entre los diversos órganos judiciales pertenecientes al orden jurisdiccional penal, **cuál es el competente para el conocimiento de un proceso penal en primera o única instancia**, lo cual se efectúa mediante la conjunción de tres criterios: el de la gravedad del hecho punible, el de la materia y el de las personas.

### 1. EL CRITERIO DE LA GRAVEDAD DEL HECHO PUNIBLE.

La regla general en materia de competencia objetiva **es la que distribuye el conocimiento de los asuntos penales en atención a la gravedad** del hecho punible (art. 14 LECrim).

#### A) Delitos Leves.

Los **Juzgados de Instrucción** son competentes para el conocimiento y fallo de los juicios por delitos leves (art. 14.1 LECrim), salvo que la competencia corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer «ex» art. 87 bis LOPJ.

#### B) Delitos.

1. Los **Juzgados de Instrucción**

   a) **efectúan** la fase instructora de todos los **procesos por delito** (excepto personas aforadas), cuyo enjuiciamiento corresponda **al Tribunal del Jurado**, a la **Audiencia Provincial y a los Juzgados de lo Penal**, **EXCEPTO** de aquellas **causas** cuya instrucción venga **atribuida** a los Juzgados de Violencia sobre la mujer o a los Juzgados Centrales de Instrucción.

   b) **dictan sentencia** de conformidad con la acusación en los denominados **«juicios rápidos» y en las «diligencias previas», (**art. 801 LECrim) (art. 87.1 LOPJ y 14.3 LECrim).

2. Los **Juzgados de lo Penal** son **órganos de enjuiciamiento**

   a) **conocen** de la fase de juicio oral de **los delitos** a los que la Ley señale con
      a. pena privativa de libertad de duración no superior a los 5 años,
      b. pena de multa cualquiera que sea su cuantía,
      c. o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años,
      d. **Excepto** los delitos de la competencia del Tribunal del Jurado.

   b) **conocen** de la **ejecución de sus sentencias y de las resoluciones** y las sanciones pecuniarias y resoluciones de decomiso **provenientes de otros Estados** miembros de la Unión Europea.

3. Las **Audiencias Provinciales** conocen de las **causas por delito sancionado** con pena privativa de libertad superior a 5 años o no privativa superior a 10 años (art. 14.4 LECrim).

Para **determinar si la competencia objetiva**, en atención a la gravedad del hecho delictivo, corresponde a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias Provinciales, habrá de atenderse **al «criterio de la pena en abstracto»,** o lo que es lo mismo, **al «quantum» de pena** con que el tipo abstracto definido en el CP sanciona el delito concernido.

## 2. POR RAZÓN DE LA MATERIA.

**Una primera excepción de enjuiciamiento en orden al reparto de la competencia objetiva** entre Juzgados y Tribunales del orden penal viene **determinada por la atribución** de dicha manifestación de la competencia judicial **por razón de la clase o tipo de delito objeto del proceso penal**. Así, atendiendo a un criterio cualitativo:

1. Los **Juzgados de Instrucción** son competentes también para el **conocimiento de los procedimientos de *Habeas Corpus*** (art. 87.1.d LOPJ).
    1. De la **ejecución de las medidas de embargo y aseguramiento de pruebas** transmitidas por un órgano judicial de un Estado miembro de la Unión Europea que las haya acordado en un proceso penal, cuando los se encuentren en territorio español.
    2. De los **procedimientos de decomiso autónomo** por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.
    3. De la **autorización del internamiento de extranjeros** en los centros de internamiento. También conocerán de **las peticiones y quejas que plateen los internos** en cuanto afecten a derechos fundamentales (art. 87.2 LOPJ).
2. Los **Juzgados Centrales de Instrucción,** con jurisdicción en toda España y sede en la ciudad de Madrid, son **competentes par**a el conocimiento:
    1. De la **instrucción de las causas por delito** cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o a los Juzgados Centrales de lo Penal.
    2. De la **tramitación de los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y** los expedientes de extradición pasiva
3. La **Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**, con jurisdicción en toda España y sede en la ciudad de Madrid, **conoce** (art. 65 LOPJ):
    1. Del **enjuiciamiento de las causas por los siguientes delitos castigados** con **penas privativas** de libertad de duración superior a los cinco años **o no privativas superior** a los diez:
        1) «Delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de gobierno».
        2) «Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajeros falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales».
        3) «Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía

nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia».

4) «Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias».
5) «Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales Españoles».
6) «De cualquier otro asunto que le atribuyan las Leyes» entre los que se encuentran el conocimiento de los delitos de terrorismo.

2. De los **procedimientos penales iniciados en el extranjero**, de la ejecución de las **sentencias dictadas por Tribunales extranjeros** o del **cumplimiento de pena de prisión**, cuando corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad.
3. De las cuestiones de **cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratados Internacionales** en los que España sea parte.
4. De los **procedimientos de decomiso autónomo** por los delitos para cuyo conocimiento sea competente.

4. Los **Juzgados de Violencia sobre la Mujer**, conocen la instrucción de los procesos de las siguientes materias:

1. Por los delitos relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen **cometido contra quien sea o haya sido su esposa**, o mujer, así como de los cometidos **sobre los descendientes**, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los **menores o personas con la capacidad modificada judicialmente** que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.
2. Para exigir **responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiare**s, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas en el apartado anterior.
3. De la adopción de las correspondientes **órdenes de protección a las víctimas**, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.
4. Del **conocimiento y fallo de los delitos leves** que le atribuya la Ley cuando la víctima sea alguna de las personas enunciadas con anterioridad.
5. Para exigir **responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento** cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado.
6. Podrán **dictar sentencias de conformidad** con la acusación en los casos establecidos por la Ley.

5. Los **Juzgados Centrales de lo Penal**, con sede en la capital de Madrid y con jurisdicción en toda España, tienen la **misma competencia que los Juzgados de lo Penal**, con los delitos cuyo conocimiento se atribuye a la Audiencia Nacional.

6. **Los Juzgados de Menores** son competentes para el **enjuiciamiento de los hechos tipificados** como delitos cometidos por **mayores de catorce y menores de dieciocho años** y de la responsabilidad civil derivada de los mismos.

7. El **Juzgado Central de Menores,** con jurisdicción en toda España y sede en la ciudad de Madrid, extiende su competencia objetiva a los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 580 del CP.

   Corresponderá la competencia para **conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero** cuando, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 LOPJ y en los Tratados Internacionales, corresponda su conocimiento a la jurisdicción española.

8. En el ámbito de la Audiencia Provincial, como regla general, o de los Tribunales competentes por razón de aforamiento del investigado, se constituye el **Tribunal del Jurado** (LO 5/1995, de 22 de mayo), cuya **competencia** objetiva aparece reducida al conocimiento de los **siguientes delitos:**
   a) Muy graves: los homicidios;
   b) Delitos contra el libre ejercicio de los derechos fundamentales: delitos de allanamiento de morada y las amenazas;
   c) Delitos contra el patrimonio social y el incumplimiento de deberes cívicos: la omisión del deber de socorro;
   d) Delitos cometidos por funcionarios: infidelidad en la custodia de presos y de documentos, el cohecho y algunos delitos de malversación de caudales públicos, los delitos de fraude, exacción ilegal, negociación prohibida y tráfico de influencias.

### 3. POR RAZÓN DE LAS PERSONAS: LOS «AFORAMIENTOS».

La **segunda de las excepciones** a la aplicación de la regla general de distribución de la competencia objetiva viene constituida por los **supuestos legales de aforamientos** de determinadas personalidades a determinados órganos judiciales. Se prevén los **SIGUIENTES AFORAMIENTOS**:

1. Las **Audiencias Provinciales** son competentes para el enjuiciamiento de los delitos **cometidos en el ejercicio de sus funciones por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías autonómicas y locales**. La instrucción sigue atribuida a los Jueces de Instrucción.

2. Las **Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia** son competentes
   a) **para la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del MF por delitos o delitos leves cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma**, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo (art. 73.3. a) y b) LOPJ),
   b) para el **conocimiento de las causas penales** que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.
   c) Para la instrucción de dichas causas se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarla.

3. La **Sala de lo Penal del Tribunal Supremo** (Sala 2ª) es competente **para la instrucción y enjuiciamientos de todas las causas** seguidas **contra** los siguientes **aforados**:
   a) Presidente del Gobierno, del Congreso y del Senado, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y

Senadores, vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo.

b) Para la instrucción de dichas causas se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarla.

4. **La Sala especial del Tribunal Supremo (**art. 61 LOPJ) es **competente** para el conocimiento de las causas contra los presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de ellos.

# Lección 7 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL (II): COMPETENCIA FUNCIONAL Y TERRITORIAL

## I. COMPETENCIA FUNCIONAL.

Son los criterios legales de atribución del conocimiento del objeto procesal, atendiendo a las fases procesales del procedimiento penal: la fase "declarativa", "impugnación", y "ejecución".

### 1. FASE DECLARATIVA.

El proceso penal son 3 fases (instructora, intermedia, juicio oral), distinguimos a que órgano jurisdiccional corresponden estas fases.

1. La **instrucción** corresponde a los Juzgados de Instrucción, J. Centrales de Instrucción incluidos y J. de Violencia sobre la Mujer, al MF se le otorga la fase de instrucción en el proceso penal de menores.
2. La **fase intermedia** (decide la apertura o no del juicio oral) según la índole del procedimiento: a) los J. de Instrucción en el proceso abreviado, del jurado y los juicios rápidos; b) la Audiencia Provincial el proceso por delitos graves y el sumario ordinario; c) J. de Menores los procesos penales de menores.
3. La **fase de enjuiciamiento o juicio oral** es competencia de los J. de Instrucción por delitos leves, los J. de lo Penal para delitos con pena privativa de libertad inferior a 5 años o pena de multa de cualquier cuantía u otras de distinta naturaleza con duración inferior a 10 años, la Audiencia Provincial en los demás casos. Los J. de lo Penal y AP tienen la misma competencia que los J. Centrales de lo Penal y la AN, respectivamente de las materias que tienen atribuidas. Los Juzgados de Menores conocen el juicio oral de delitos cometidos por mayores de 14 y menores de 18.
    a. El conocimiento del juicio oral de los delitos tipificados en el art 1 de la LO 5/1995, se constituyen en la AP o los Tribunales competentes por razón de aforamiento del investigado en el Tribunal del Jurado.
    b. El TS tiene competencia residual para la instrucción y enjuiciamiento de sus aforados.

### 2. FASE DE IMPUGNACIÓN.

1. Las **AP** son competentes para conocer los recursos de apelación y queja contra las resoluciones dictadas por los J. de Instrucción, J. de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria. Contra la sentencia dictada por los J. de Instrucción en juicio por delitos leves decide un solo Magistrado de la Audiencia.
2. Los **TSJ (Sala de lo Civil y de lo Penal)** conocen el recurso de apelación contra los Autos que finalicen el proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y contra sentencias dictada por AP en 1º instancia. Conocen el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en la AP y en primera instancia por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, y contra los Autos dictados por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado resolutorios de los artículos de previo pronunciamiento.

3. La **AN (Sala de lo Penal)** conoce los recursos de apelación y queja contra las resoluciones de los J. Centrales de Instrucción, del J. C. de lo Penal, del J.C. de Menores y del J.C. de Vigilancia Penitenciaria.
4. La **Sala de Apelación de la AN** conoce del recurso de apelación contra los autos que finalicen el proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la AN.
5. La **Sala de lo Penal del TS (Sala 2º)** es competente para conocer los recursos extraordinarios de casación contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ, y contra las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la AN. Conoce el recurso de casación por infracción de Ley del motivo número 1º del art. 849 LECrim, contra sentencias dictadas en apelación por las AP y la Sala de lo Penal de la AN.

### 3. EJECUCIÓN.

**Corresponde al órgano jurisdiccional que hay dictado la sentencia en primera o única instancia**. **Excepto** la ejecución de sentencias dictadas en causas por delito de los Jueces de Instrucción y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias dictadas por autoridades de Estados europeos que tengan que ejecutarse en España y correspondan a los J. de lo Penal y las sentencias dictadas por los J.C. de Instrucción que son ejecutadas por los J.C. de lo Penal.

Corresponde a la Sala de lo Penal de la A.N conocer la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros o cumplimiento de pena de prisión impuesta en virtud de un Tratado Internacional que corresponde a España ejecutar una sentencia penal extranjera o cumplir una pena o medida de seguridad privativa de libertad.

## II. LA COMPETENCIA TERRITORIAL: CRITERIOS DE DETERMINACIÓN.

La competencia territorial determina que **órgano jurisdiccional, entre los de mismo grado, es el competente para conocer un determinado objeto procesal**.

En el orden jurisdiccional penal, excepto el TS y la AN con jurisdicción en todo el territorio nacional, el resto de órganos jurisdiccionales se extiende a cada Comunidad Autónoma (TSJ), Provincia (AP, J. de lo Penal, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria), Partido Judicial (J. de Instrucción, y Violencia sobre la Mujer), y Municipio, salvo la cabeza de partido (J. de Paz).

Los **criterios que determina el órgano territorialmente competente** para conocer el proceso penal se **denominan "fueros",** pueden ser preferentes, subsidiarios y violencia de género.

### 1. FUERO PREFERENTE.

Lugar de comisión del hecho delictivo, se atribuye al Juez de Instrucción del partido en que se hubiese cometido el delito la instrucción de las causas y a los J. de lo Penal y las AP el conocimiento y fallo de las acusas por delitos. El fuero común (lugar de comisión del delito), el del resultado de la acción delictuosa.

### 2. FUEROS SUBSIDIARIOS.

Cuando no conste el lugar de comisión del hecho punible, la competencia territorial corresponderá:

1º Término municipal, partido o circunscripción donde se hayan descubierto las pruebas materiales del delito.
2º Término municipal, partido o circunscripción en el que el presunto reo sea aprehendido.
3º Residencia del reo presunto.
4º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Si en la instrucción consta el lugar de comisión del delito se producirá la inhibición de la acusa a favor del Juzgado competente.

### 3. FUERO ESPECÍFICO.

Si corresponde al Juez de Violencia sobre la Mujer se contempla un fuero específico determinado por el domicilio de la víctima, sin perjuicio de la protección o medidas urgentes que adoptara el Juez del lugar de comisión de los hechos.

## III. LA COMPETENCIA POR CONEXIÓN.

### 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

El art. 17 LECrim tras la reforma de la Ley 14/2015, dispone que **cada delito dará lugar a la formación de una única causa**, excepto la acumulación objetiva o de pretensiones.

La conexión presupone 2 o más delitos y se resuelve en el enjuiciamiento conjunto de todas las conductas punibles en un solo proceso al existir nexos o elementos comunes de los inculpados o los hechos delictivos.

**Acumular delitos conexos es para evitar vulneraciones posteriores de la cosa juzgada o del "non bis in ídem"** y para que un solo órgano decisor pueda aplicar las reglas del delito continuado del art. 74 CP o del concurso de delitos del art 77 CP o de leyes del art 8. 3ª CP para obtener una proporcionada individualización de la pena, también por economía procesal y de inmediación.

En casos de **delincuencia económica compleja,** concentrar la investigación en un proceso dificulta las posibilidades probatorias y deja fuera personas que podían haber sido incriminadas en alguna de las actividades delictivas, en asuntos que afecten gravemente la economía nacional debe valorarse el tratamiento autónomo, el art 17.1 LECrim prevé la excepción a una única causa cuando sea muy compleja o dilate el proceso.

### 2. DELITOS CONEXOS.

Según el art. 17 LECrim se clasifican:

#### A) Conexidad subjetiva.

Los cometidos:

1.) Por 2 o más personas reunidas.
2.) Por 2 o más personas en distintos lugares o tiempos en concierto.
3.) Por diversas personas que ocasionen lesiones o daños recíprocos.

### B) Conexidad objetiva.

1.) Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
2.) Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
3.) Los delitos de favorecimiento real y personal y de blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

### C) Conexidad mixta o analógica.

Apartado 3 del art 17 LECrim dice que los delitos no conexos pero cometidos por la misma persona y con analogía o relación entre sí, competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados por la misma causa a instancia del MF si la investigación y la prueba es conveniente para su esclarecimiento y determinar responsabilidades salvo excesiva complejidad o dilación en el proceso. También en el procedimiento abreviado, los delitos leves conexos a otros delitos donde la comisión o prueba estuviera relacionada con esos delitos.

## IV. ALTERACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL POR CONEXIÓN.

Dos o más delitos con un nexo o elemento común provoca el enjuiciamiento conjunto de todas las conductas punibles en un proceso, pero puede alterar los criterios de atribución de la competencia objetiva y territorial cuando la competencia sea de distintos órganos.

### 1. COMPETENCIA OBJETIVA.

Las alteraciones de la conexión en la competencia objetiva:

1. Si alguna persona implicada esta aforada, en virtud de la competencia “ratione personae” es el Tribunal al que este sometido el aforado.
2. Si algún delito conexo es competencia de la AN extenderá la competencia a todo ellos.
3. Los J. de la Violencia sobre la Mujer se extiende a la instrucción y conocimiento de delitos conexos de 3º y 4º del art.17, se admite en la conexión mediata y para impunidad (art. 17 bis LECrim)
4. En los delitos leves, menos y graves se atribuyen al órgano jurisdiccional que conozca el delito con mayor pena.
5. El T. del Jurado se extiende a las causas del art. 5.2 de la LO 5/1995, son la comisión simultánea, comisión bajo acuerdo, comisión medial y comisión para impunidad.

### 2. COMPETENCIA TERRITORIAL.

**E**l órgano territorial competente delitos cometidos en distintas demarcaciones judiciales (municipios, partidos judiciales, provincias) están recogidos en el art. 18 LECrim:

1.) En el territorio donde se haya cometido el delito de mayor pena.
2.) El que primero comience la causa, en delitos de igual pena.
3.) El que designen la A o TS las causas que empiecen al mismo tiempo o no conste cual comenzó primero.

El Supuesto del art.17.2º LECrim (delitos cometidos por 2 o más personas en distinto lugar o tiempo en concierto), el art. 18 LECrim atribuye la competencia al Juez o Tribunal del partido judicial de la AP, siendo cometidos en la misma provincia y al menos uno en el partido judicial de la AP.

Los delitos de menores en distintos territorios el órgano competente será el del domicilio del menor y subsidiario el del art. 18 (art.20 LO 5/2000).

Si existe conexión entre un delito militar y uno común, será competente la jurisdicción ordinaria o militar del delito con pena más grave.

## V. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA.

La competencia objetiva, funcional y territorial **son indisponibles en el proceso penal**, son auténticos **presupuestos procesales**, la infracción puede observarse de **oficio o de parte**, puede ocasionar la nulidad de pleno derecho del proceso por ser una cuestión de orden público y afectar al juez predeterminado por la ley.

Los órganos jurisdiccionales pueden **examinar su competencia objetiva y funcional** en las actuaciones, excepto en Juzgados y Tribunales subordinados.

Un Tribunal competente en un asunto conocido por uno inferior puede previa audiencia del MF ordenar su abstención y remisión de actuaciones, y también el superior puede remitir al inferior un asunto competencia de esta previa audiencia de las partes y MF. Un órgano inferior en estos casos solo podrá exponer la razón por la que corresponde al superior. Las partes pueden denunciar la falta de competencia en la instrucción, enjuiciamiento, y audiencia preliminar.

Son **cuestiones de competencia positiva** cuando un órgano requiere la inhibición de otro de oficio o de parte y este se niega. La cuestión negativa es la inhibición de un órgano, la remisión a otro que también se considera incompetente.

Si en la instrucción no se ponen de acuerdo quien es competente continuaran con las diligencias, mientras Tribunal resuelva la cuestión.

En el enjuiciamiento del proceso ordinario el órgano competente resolverá la cuestión, en el procedimiento abreviado los órganos afectados se lo comunican al competente que resolverá tras oír al MF y las partes.

La competencia entre Juzgados y Tribunales del orden penal los soluciona el inmediato superior jerárquico.

# Lección 8 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS PARTES

## I. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CLASIFICACIÓN.

Todo proceso penal habrá de estar conformado, al menos, por **dos partes**: una parte acusadora, que pretende, pide o procura la tutela penal, entendiendo que el ius puniendi SOLO corresponde al Estado; y una parte acusada, que se defiende, resiste o hace frente a esa petición, en pro de su absolución.

Cabe distinguir entre partes acusadoras y partes acusadas.

***Partes acusadoras*:**

- Ministerio Fiscal. – Procesos por delitos públicos y semipúblicos (previa instancia del ofendido).
- Acusador popular - Proceso delito público no ofendido ni perjudicado por tal delito.
- Acusador privado – Ofendido o perjudicado por delito privado.
- Actor civil - Perjudicado por el delito.

***Partes acusadas:***

- Investigado o encausado – presunto autor del delito
- Responsable civil – Quien deberá responder de los daños o perjuicios ocasionado por la comisión del delito.

## II. MINISTERIO FISCAL.

El MF es una institución autónoma del Estado que tiene por misión:

- Vigilar, inspeccionar, controlar, o velar por el correcto funcionamiento de los Tribunales y de las restantes instituciones del Estado.
- 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.

El ejercicio de la acción penal por parte del MF, es obligatoria, preceptiva, imperativa o necesaria, a diferencia de la del resto de acusadores que son facultativas o voluntarias.

Esta obligatoria intervención del MF en la práctica totalidad de los procesos penales no es ilimitada – Queda condicionada a su particular y propio criterio de procedencia o necesidad.

Funciones MF:

1. **La inspección directa** de los sumarios de delitos públicos formados por los Jueces de Instrucción (art.306 LECrim).
2. **La proposición,** de la práctica de las diligencias que considere oportunas. (art. 311 LECrim).
3. **Solicitud de prisión provisional,** del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza (art. 505.3 LECrim).
4. **La petición de conclusión de la investigación y remisión de lo actuado al Juez competente.**
5. **Solicitud de sobreseimiento de la causa, o de la apertura del juicio oral y formulación de la acusación.** (art. 627 LECrim).

## III. PARTES ACUSADORAS. EXAMEN *** 2014 (Sep.)

### 1. ACUSADOR POPULAR.

Def: Se identifica con las **personas no ofendidas ni perjudicadas de manera directa por los delitos perseguibles de oficio**, que instan, ante los Tribunales, el proceso penal, por un especial compromiso con la sociedad. Art. 125 CE.

La acusación popular corresponde a cualquier persona física o jurídica. (art. 270 LECrim).

**No podrán ejercitar** la acción penal los siguientes sujetos: (art 102 LECrim)

1. El que no goce de la plenitud de los derechos civiles.
2. El que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querella calumniosas.
3. El Juez o Magistrado.

Tampoco podrán **ejercitar acciones** penales entre sí (Art. 103 LECrim):

1. Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.
2. Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.

### 2. ACUSADOR PARTICULAR.

La acusación particular **se distingue de la popular** por la **afectación** del **resultado lesivo** de la comisión delictiva **en la persona** que lidera la pretensión acusadora.

La **acusación particular**, se identifica con las **personas concretamente lesionadas**, dañadas o de cualquier modo afectadas, por la comisión delictiva y ello en su consideración de ofendidas o de perjudicadas, según los casos.

Dentro de la acusación particular cabe distinguir:
- Acusación particular por delito público
- Acusación particular por delito semipúblico
- Acusación particular privada.

#### A) Acusador particular por delito público.

Es la **persona perjudicada u ofendida**, de manera directa, por los delitos perseguibles ex oficio – es decir, de aquellos que serán objeto de enjuiciamiento a instancia, tanto de esta persona, como de cualquier otra que no guarde relación directa con el ilícito.

La diferencia entre ofendido y perjudicado reside en la **afectación directa o colateral de los daños** ocasionados por el delito.
El **acusador particular** es **el titular o dueño del bien jurídico lesionado** por el delito y puede ser cualquier persona, física o jurídica, así como nacional o extranjera. El ius puniendi tan **solo** corresponde al Estado y NO a los particulares.

Como regla general se establece **la exigibilidad de prestación de fianza,** aunque hay una razonable excepción por su particular condición de ofendido o perjudicado por el ilícito, por lo que quedan **exentos** de prestar fianza:

1. El ofendido y sus herederos o representantes legales.
2. En los delitos de asesinato u homicidio, el cónyuge del difunto o persona vinculada a él por una análoga relación de afectividad, los ascendientes y descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive, los herederos de la víctima y los padres, madres e hijos del delincuente.
3. Las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima.

El **acusador particular podrá:**

- Intervenir en el proceso de manera ordinaria, personal y directa.
- Iniciar el proceso mediante la interposición de querella o bien mediante ulterior escrito de personación.
- En los procesos ordinario y abreviado pueden mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella:
  - Procedimiento abreviado – La Policía Judicial durante la detección si la hubiere, ilustrará al ofendido o perjudicado de sus derechos, en particular, del relativo a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella (Art. 771.1º LECrim). También durante las diligencias previas el LAJ hará lo propio si no lo hubiera hecho la policía judicial.
  - Si el MF solicita el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusación particular, el Tribunal podrá acordar que se haga saber esta circunstancia a los ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno.

- El **acusador particular gozará** una vez incorporado al proceso:
  - Plenos derechos de información
  - Derecho de delegación,
  - Petición de medidas cautelares.
  - Diligencias de investigación.
  - Solicitud de apertura del juicio oral o sobreseimiento.
  - Formulación de la acusación.
  - Participación en la práctica de la prueba.
  - Abandonar el proceso (“apartarse de la querella”) mediante un desistimiento de su pretensión condenatoria en cualquier momento.

### B) Acusador particular por delito semipúblico.

Es la **persona perjudicada u ofendida**, de manera directa y en su propia esfera, por los **delitos perseguibles** a instancia de parte, es decir, aquellos que serán objeto de enjuiciamiento tan solo a su instancia, por ser la única que guarda relación directa con el ilícito.

**Se diferencia** del acusador particular por delito público, en que **es necesaria la denuncia por parte de la persona concreta** y directamente afectada por el delito o la posibilidad de extinción del proceso ante la manifestación del perdón de la víctima.

## 3. ACUSADOR PRIVADO.

El acusador privado es la **persona ofendida, de manera directa en su propia esfera**, por el ÚNICO DELITO PRIVADO EXISTENTE EN ESPAÑA – EL DELITO DE INJURIAS Y CALUMNIAS. Es solo **perseguible a instancia de parte** directamente afectada por dicho ilícito.

Se **caracteriza** por las siguientes reglas:

1. No cabe la iniciación ex oficio, sólo cabe a instancia del ofendido mediante escrito que habrá de revestir la forma de querella.
2. MF no forma parte de estos procesos penales frente a delito privado.
3. El acusador privado no habrá de prestar fianza se repara en la exención (art. 218 LECrim) al ofendido o perjudicado por el delito.
4. Es preceptivo el intento previo de conciliación.
5. Es preceptiva la licencia del Juez o Tribunal cuando la hipotética injuria o calumnia se hubieran vertido en su presencia en juicio.
6. El perdón del ofendido o de su representante legal extingue la acción penal. El perdón ha de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia.
7. El ofendido puede poner fin al proceso mediante actos de disposición de su objeto, tales como la renuncia, desistimiento o la extinción de la pretensión penal por expresa preferencia de la pretensión civil.

## 4. ACTOR CIVIL.

El actor civil es la **persona perjudicada, en su propia persona y/o bienes, por el hecho delictivo**, cuando **limita** su actuación a sostener exclusivamente **la pretensión civil**, dejando, en su caso, que sea el acusador público (MF) quien formule y mantenga hasta el término la coherente y coetánea pretensión penal.

Con todo delito nace la acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también la acción civil para la restitución de la cosa, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

Esta **pretensión penal y civil puede ejercitarse conjunta o separadamente**, en función de la concreta voluntad del perjudicado por el delito.

Caben las **siguientes opciones**:

1. Renuncia a la pretensión civil por voluntad expresa del perjudicado que se producirá la cosa juzgada y en consecuencia la imposibilidad de instar un proceso civil ulterior. La renuncia ha de ser clara, inequívoca, contundente y expresa.
2. Reserva de la pretensión civil por voluntad expresa del perjudicado, que habrá de esperar a la completa conclusión del proceso penal, para instar su proceso civil correspondiente.
3. Ejercicio simultáneo de la pretensión penal y civil, que puede gestarse sin instancia previa o por petición expresa de la parte.
   - **3.1. Ejercicio simultáneo sin instancia previa:**
     El MF sostendrá ambas pretensiones: la penal y la civil si nada se indica al respecto.
   - **3.2. Ejercicio simultáneo por petición expresa.**
     El sujeto pasivo del delito podrá sostener la pretensión civil sin verse obligado a sostener la penal.

## IV. PARTES ACUSADAS.

Las partes acusadas en el proceso penal son **las personas físicas o jurídicas que cometieron**, en hipótesis**, el hecho delictivo**, susceptible de ser enjuiciado.

El proceso penal puede (a diferencia del civil) **instarse sin tener cabal conocimiento de quién cometió** los hechos típicos. En el caso de que no se tenga conocimiento de quien cometió el hecho, la primera fase (Instrucción) se destina a la averiguación de quien sea el responsable de la comisión del hecho delictivo.

Pero el proceso **no podrá proseguir**, a partir de un determinado momento, **si no se logra identificar** perfectamente a la persona/s a las que se asocia el hecho delictivo.

Si al término de la instrucción no se hubiese logrado alcanzar la más perfecta identidad del supuesto autor de la actuación típica, entonces el proceso habría que archivarlo provisionalmente.

### 1. LA PERSONA FÍSICA: EL INVESTIGADO, ENCAUSADO, PROCESADO, ACUSADO Y AL TÉRMINO, CONDENADO O ABSUELTO.

- Investigado: Identificar a la parte pasiva en la fase de investigación.
- Encausado: Concluida la fase de investigación, cuando se hubiere imputado formalmente al haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto.

Esta diferencia reviste gran importancia pues el concreto momento de la imputación o atribución delictiva se conecta cronológicamente con el exacto instante del surgimiento del relevante derecho de defensa y de todas las pretensiones que le son propias.

En el momento de imputación delictiva permite atribuir el status procesal de parte con todas las manifestaciones del derecho de defensa, expresamente numeradas (art. 118 LECrim):

- Derecho defensa
- Derecho asistencia letrada
- Derecho a la traducción e interpretación gratuitas.
- Derecho a guardar silencio.
- Derecho a no prestar declaración.
- Derecho a no contestar a alguna/s pregunta/s que se le formulen.
- Derecho a no declarar contra sí mismo
- Derecho a no confesarse culpable

### 2. LA PERSONA JURÍDICA Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.

Las personas jurídicas **serán plenamente responsables**:

a) De los **delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas**, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
b) De los **delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y beneficio directo o indirecto de las mismas**, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, han podido realizar los hechos por haberse

incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

El CP introduce una novedad en el Art. 31 bis apartado 4º: "la **persona jurídica quedará exenta** de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión".

Art. 31 bis apartado 5º: **Requisitos:**

1) Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2) Establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
3) Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deber ser prevenidos.
4) Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5) Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6) Realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

### A) Concepto, naturaleza, fundamento y fines de los programas de cumplimiento.

Estos programas de cumplimiento se encuentran **integrados por un conjunta de normas, principios, reglas y valores, tanto éticos como jurídicos**, destinados en esencia, a instaurar y mantener una constante relación de cooperación entre la empresa y la Administración de Justicia, que se basa en los principios de transparencia, confianza y lealtad, dotando de seguridad jurídica a la actividad desarrollada, por sus directivos, empresarios, trabajadores y clientes.

Los programas de cumplimiento **son de naturaleza público-privada**, por cuánto Estado y empresa instauran una nueva relación de confianza mutua, recíproca responsabilidad, exigibilidad y cumplimiento.

**El fundamento** esencial de estos programas de cumplimiento reside en **la instauración, fomento y consolidación de un nuevo movimiento jurídico, ético y cultural**: El de la autorregulación, cooperación y el cumplimiento cuyos principios vertebradores esenciales son:

- Reciprocidad
- Transparencia
- Colaboración
- Confianza
- Lealtad
- Proporcionalidad
- Buena fe
- Entendimiento mutuo.

### B) Sujetos de los programas de cumplimiento.

**Compliance officer** (responsable de cumplimiento): **Persona responsable de cumplimiento que tiene una vinculación privada a la empresa y compromiso público con el Estado.** Su nombramiento, relación laboral, estatuto jurídico, funciones, límites y responsabilidades no se encuentran definidas legalmente.

Esta figura nace con el objetivo de minimizar la litigiosidad, ya que aquellas personas jurídicas que puedan acreditar suficientemente la existencia de dichos programas quedarán eximidas de responsabilidad.

La exención o graduación de la condena dependerá de un juicio jurisdiccional, amparado en la prueba a cargo de la empresa (debe demostrar la implementación y mantenimiento de un riguroso programa de cumplimiento) frente a la de la acusación en la que habrá que constatar una prueba negativa: la de la insuficiencia, ineficacia o inexistencia de ese programa de cumplimiento.

### C) Contenido de los programas de cumplimiento.

Mientras no se desarrolle una normativa específica y una jurisprudencia consolidada hemos de concretar como "requisitos mínimos" que debe integrar todo programa de cumplimiento para eludir la responsabilidad.

Requisitos mínimos:

#### a) Mapa de riesgos individualizado.

Es la creación de una zona de riesgo individualizada a esa concreta empresa, donde deben constar de manera sencilla y clara y, sobre todo, actualizada. Además, debe constar responsable, las franjas de riesgo consideradas con probabilidad máxima, intermedia o escasa.

El mapa de riesgos habrá de contener abierta la posibilidad de acudir a la mediación, cuando las partes sean proclives a la adopción de un acuerdo.

#### b) Responsabilidad del cumplimiento

El nombramiento de la figura del responsable del cumplimiento es esencial en todo programa de cumplimiento eficaz. Es el enlace necesario entre el Estado y los miembros de la empresa.

El responsable del cumplimiento puede ser:

-Interno – Entre las personas de la propia empresa.

- Externo – Personas ajenas a la empresa.

El responsable del cumplimiento, debe tener conocimientos suficientes no sólo para implantar el Compliance, sino también para defender su vigencia y suficiencia en el proceso judicial que llegue a entablarse frente a la empresa, en el lógico entendimiento de que si este responsable fuere un miembro interno de la empresa gozará del derecho a la no autoincriminación y si fuese, a su vez, abogado de la empresa, entonces podrá acogerse al secreto profesional.

**c) Canal de denuncias.**

El responsable del cumplimiento recepcionará y gestionará las denuncias (anónimas o identificadas) sobre los incumplimientos procedimentales o materiales de la empresa.

El compromiso será triple:

1. Habrá de responsabilizarse de la creación y posterior mantenimiento de un canal de denuncias accesible, intuitivo, actualizado y sencillo.
2. Garantizar la confidencialidad y protección de la intimidad de los comunicantes.
3. Gestionar adecuadamente los contenidos denunciados, es decir, dar curso a las denuncias que tengan un fundamento real.

La existencia de un canal de denuncia constituye un relevante mecanismo de prevención y control de posibles ilicitudes.

**d) Certificación del programa.**

Todo programa de cumplimiento ha de gozar de una certificación externa, es decir, un título habilitante y actualizado de idoneidad y efectividad de las medidas implementadas, en esa concreta persona jurídica, para exonerar, atenuar o neutralizar sus potenciales riesgos empresariales.

Este certificado es una garantía de confianza que despliega sus efectos benefactores so solo sobre la propia empresa, sino también sobre todos sus miembros, ante la Administración Pública, ante las demás empresas y ante la sociedad, en un entorno saludable y libre de fraude.

Las empresas que gocen de ese certificado gozarán de una presunción de veracidad, de fiabilidad, de certeza, de fijeza, de predictibilidad, incluso de honestidad y al término de tan anhelada seguridad jurídica. Los responsables de emitir los certificados de confianza son privados – a pesar de que así va a haber desigualdades, sobre todo entre pequeñas y grandes empresas, ya que el nivel económico es bien distinto.

**D) Prueba del programa de cumplimiento.**

La mera existencia de un programa de cumplimiento no conlleva de manera automática, la exención de la sanción, sino que habrán de ser probados. La actual regulación penal del Compliance es escasa.

En un proceso convencional, la parte acusadora tendrá la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión condenatoria, frente a la acusada, que se presume inocente, entre tanto aquella parte acusadora no consiga desvirtuar esta presunción.

Pero en los procesos donde la persona jurídica pretenda acogerse a la exención de responsabilidad, con razón en la existencia de un programa de cumplimiento, se produce un desplazamiento de la carga de la prueba, pues tan solo la persona jurídica conoce y puede probar, a través de las personas físicas que la integran, la existencia, suficiencia y cumplimiento del programa.

En la prueba de cargo están comprometidos todos los integrantes de la empresa (directivos, trabajadores e incluso clientes).

## 3. EL RESPONSABLE CIVIL.

El responsable civil es la persona frente a la que se dirige la pretensión civil yuxtapuesta a la penal, para la reclamación del daño, restitución e indemnización, en todo caso, del perjuicio ocasionado como consecuencia de la comisión del hecho delictivo.

La responsabilidad civil será directa cuando pueda dirigirse contra los autores, o en su caso, los cómplices del hecho delictivo.

Art. 116.1 CP: "Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno".

Esta responsabilidad civil directa también corresponderá a las compañías aseguradoras. Art. 117 CP. Se puede quedar exento de responsabilidad penal, pero pueden ser responsables civilmente.

# Lección 9 LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

## I. CONCEPTO, REQUISITOS, NATURALEZA Y FUNDAMENTO.

### 1. CONCEPTO.

Las cuestiones prejudiciales son **elementos de hecho** integrantes de un requisito del tipo penal, que **precisan de una valoración jurídico material**, previa e independiente, **del objeto procesal**, así como su consiguiente **declaración por el Tribunal del orden jurisdiccional competente**, a fin de poder obtener la plena integración de la conducta.

### 2. REQUISITOS.

1) Las cuestiones prejudiciales son **elementos de hecho** que exigen una valoración jurídica previa e independiente del objeto principal. Tales elementos de hecho pueden integrar el fundamento del título de imputación o incluso erigirse en una pretensión autónoma, pero conexa e instrumental a la principal. Pero, en cualquier caso, son cuestiones **pertenecientes al fondo** o a la fundamentación de la pretensión penal, sobre las cuales operarán los efectos perjudiciales de la cosa juzgada, salvedad hecha de que sus declaraciones jurisdiccionales se efectúen a título incidental.

2) Las cuestiones prejudiciales **han de ser relevantes para el enjuiciamiento del objeto procesal**, esto es, de la pretensión penal, con respecto a la cual guardan una conexión o dependencia. A este requisito, que podemos denominar **"juicio de relevancia"**, art. 40.2.2 LEC.

   Se diferencian así de los meros argumentos jurídicos de la pretensión, con respecto a los cuales, *"iura novit Curia"*. En el caso de las cuestiones prejudiciales, lo que se somete a consideración de un Tribunal de otro orden o del propio Tribunal penal es un hecho cuya valoración ha de ser **imprescindible o necesaria para la correcta integración del objeto procesal**, sin la cual el Tribunal decisor no podría resolver jurídicamente la pretensión penal.

3) Tales hechos, que integran un título de imputación o fundamentan una pretensión, **precisan** de una **valoración jurídica con arreglo a normas del Derecho material** y consiguiente declaración jurisdiccional, previa e independiente de la pretensión principal.

4) La **competencia** para valorar con arreglo a las normas del correspondiente Derecho material ha de corresponder al Tribunal del **orden jurisdiccional competente. E**l art. 9 LOPJ, establece que sólo a los tribunales integrados en su orden jurisdiccional les corresponde el conocimiento de las cuestiones que les son propias. Pero, de dicha regla general, hay que **excluir las cuestiones prejudiciales "incidentales"** que constituyen la regla general en el proceso penal y cuya resolución en sentencia no ha de producir efecto alguno de cosa juzgada, ni siquiera el prejudicial.

### 3. NATURALEZA Y FUNDAMENTO.

El fundamento reside en el principio constitucional de **"seguridad jurídica"** y su corolario la "inmutabilidad" de las sentencias (art. 9.3 CE).

Pero el fundamento inmediato de la prejudicialidad consiste en la prevención de los efectos perjudiciales de la cosa juzgada, ya que, si los Tribunales decidieran las cuestiones prejudiciales a su antojo, sin respeto a las normas de jurisdicción y de competencia, se vulneraría, en último término, el principio *"non bis in idem"*, que se encuentra implícito en el principio constitucional de legalidad.

## II. CLASES.

Pueden ser sistematizadas atendiendo a su **naturaleza y efectos** en:

### 1. HETEROGÉNEAS Y HOMOGÉNEAS.

Son homogéneas las que se **rigen por el Derecho Penal** y son heterogéneas las que han de **decidirse con arreglo a normas distintas de este sector del ordenamiento**. En la práctica forense, la inmensa mayoría de las cuestiones prejudiciales que se plantean son heterogéneas.

### 2. DEVOLUTIVAS E INCIDENTALES.

Atendiendo a los efectos procesales que en el proceso principal ha de producir el planteamiento de una cuestión prejudicial, pueden clasificarse en devolutivas y suspensivas e incidentales o no suspensivas.

#### A) Devolutivas.

Son las que, con suspensión del proceso penal, han de remitirse o plantearse, para su decisión definitiva, ante el Tribunal del orden jurisdiccional competente, reguladas en los arts. 4 y 5 LECrim.

Fuera del supuesto de las "cuestiones de estado civil", **el requisito imprescindible** que ha de cumplir la cuestión prejudicial devolutiva estriba en que **sea "determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado"** o "relación heterogénea de antijuridicidad", el cual nos indica en qué supuestos, por ser determinante la cuestión de la culpabilidad o inocencia, debe el Tribunal penal diferir su conocimiento al Tribunal civil o administrativo competente.

#### B) No devolutivas.

Las no devolutivas son las que pueden ser conocidas incidentalmente por el Tribunal penal. Como regla general las cuestiones prejudiciales son siempre no devolutivas (art. 3 LECrim).

## III. TRATAMIENTO PROCEDIMENTAL.

### 1. INCIDENTALES.

Todas las cuestiones **prejudiciales son "de fondo" y han de ser enjuiciadas con el objeto procesal**. Por esta razón, el tratamiento de las cuestiones **prejudiciales no devolutivas NO** constituye problema alguno: serán tratadas por el órgano jurisdiccional de enjuiciamiento a la hora de dictar la sentencia, integrando la correspondiente cuestión jurídica, que, en dicha resolución, habrá de motivarse.

Previamente el **Juez de instrucción** podrá tomarlas en **consideración** a la hora de dictar un acto de imputación o una medida cautelar, que siempre conlleva un juicio de imputación y, con él, la exigencia de integración de la conducta.

## 2. DEVOLUTIVAS.

Según el art. 4 LECrim, *"el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el LAJ, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento"*.

### A) La suspensión del procedimiento.

El art. 4 LECrim faculta al Tribunal a **conceder a las partes un plazo no superior a dos meses** para el ejercicio, por la parte interesada, del derecho de acción ante el Tribunal del orden jurisdiccional competente. Finalizado el plazo sin haber promovido el oportuno proceso civil o administrativo, podrá el Tribunal extender su conocimiento a la cuestión prejudicial.

La posibilidad de **ejercicio del derecho de acción queda supeditada** a la ausencia de "prescripción" del derecho subjetivo material o de "caducidad" del propio derecho de acción.

### B) Planteamiento de la cuestión.

Este presupuesto procesal **debe ser examinado de oficio** porque entraña un problema de "jurisdicción" o de orden jurisdiccional competente para su enjuiciamiento.

- El art. 4 LECrim, obliga a suspender el procedimiento para que la parte interesada pueda plantearla ante el Tribunal competente.
- Pero también puede **la parte interesada suscitar el planteamiento de la cuestión devolutiv**a en cualquier estadio del procedimiento, toda vez que **la ausencia de Jurisdicción o de competencia** del Juez de Instrucción, de lo Penal o de la Audiencia Provincial **produciría un acto nulo por exceso de Jurisdicción** y, en cuanto tal, examinable de oficio en cualquier estadio procesal.
- Se podrá invocar la cuestión y deferirse la competencia, dentro de la instrucción, en la fase intermedia del sumario ordinario y plantearse en el escrito de defensa
    - **como cuestión previa-** dilucidarse en la comparecencia preliminar-,
    - **como cuestión de fondo- en** el juicio oral.

Una vez denunciada ante el órgano penal su incompetencia para conocer de la cuestión devolutiva, deberá suspender el procedimiento penal hasta tanto recaiga sentencia firme en el proceso civil o administrativo.

> Si no lo hiciera así o si, suspendiendo el procedimiento, **dictara sentencia de condena**, por haber resuelto la cuestión en sentido desfavorable al encausado y contradictorio con el pronunciamiento del órgano civil o administrativo, podrá **la parte** interesada **interponer recurso de casación.**

# Lección 10 EL DERECHO DE ACCIÓN Y EL DERECHO DE DEFENSA

## I. CONCEPTO Y REGULACIÓN.

**El derecho de acción penal es el derecho fundamental,** que corresponde a cualquier persona a postularse ante el Juez de instrucción, para **poner en su conocimiento la existencia de unos hechos, de apariencia delictiva**, así como la identificación y, de conocerla, localización, de su presunto autor, con vistas a obtener una resolución jurídica, razonada, motivada y congruente, en un primer momento, sobre la iniciación o no, del proceso penal. El derecho de acción penal **se mantendrá activo**, **en caso de ser admitida la pretensión**, durante todo el proceso.

**El derecho de defensa** cabría conceptuarlo como el **derecho fundamental que asiste a todo investigado o encausado**, en el marco del proceso penal, orientado a **preparar una pretensión exculpatoria** o, en su caso, a dar u omitir respuesta, a la pretensión punitiva, con plena libertad, información y asistencia técnica y lingüística, **bajo los principios de legalidad, contradicción, audiencia bilateral e igualdad de armas**.

El precepto 118 de la LECrim acomete una relación de los derechos esenciales o elementales que corresponden a «toda persona a quien se atribuya un hecho punible», quién podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento.

La LECrim de 1882 ha sido objeto de una gran reforma que data del año 2015 con las siguientes Leyes: La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, de un lado y la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, de otro.

El bloque temático destinado al fortalecimiento de las garantías procesales incluye medidas tales como la regulación del derecho a la asistencia letrada, del derecho de defensa, de la confidencialidad de las comunicaciones, del atestado policial, de la detención y de la prisión incomunicada (LO 13/2015), de un lado, y la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, de manera conjunta a la remodelación de la casación penal y a la reforma de los motivos de revisión o lo que es lo mismo, derecho a los recursos, de otro (Ley 41/2015).

Su incidencia directa en el genérico derecho de defensa, permite considerarlos, como auténticos derechos fundamentales. En este sentido, el derecho a los recursos, pese a ser de configuración legal, se encuentra ínsito en el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que su incumplimiento permitirá el acceso al amparo constitucional.

## II. DERECHO DE DEFENSA DE LOS MENORES DE EDAD.

**La Directiva (UE) 2016/800**, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales regula las garantías mínimas de los procesos afectantes a menores de dieciocho años.

Esta Directiva **establece**, que los **menores sospechosos o acusados en un proceso penal serán informados con prontitud acerca de tal condición** y de los derechos siguientes:

1) Que el titular de la patria potestad sea informado (art. 5);
2) A la asistencia letrada (art. 6);
3) A la protección de su vida privada (art. 7);
4) A estar acompañados por el titular de la patria potestad durante determinadas fases del proceso que no sean las vistas;
5) A la asistencia jurídica gratuita (art. 18).

Asimismo, **en la fase inicial del proceso** en que ello resulte adecuado, será también **informado de su derecho** a:

1) Una evaluación inicial (art. 7);
2) Un reconocimiento médico, incluido el derecho a asistencia médica (art. 8);
3) La limitación de la privación de libertad y al uso de medidas alternativas, incluido el derecho a la revisión periódica de la detención (arts. 10 y 11);
4) Estar acompañado por el titular de la patria potestad durante las vistas (art. 15.1);
5) Estar presente en el juicio (art. 16) y 6) Vías de recurso efectivas (art. 19).

## III. CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA.

Sin perjuicio de la normativa referida a los menores de edad, **al presunto autor de los hechos constitutivos de delito se le instruirá,** sin demora injustificada, por imposición del nuevo art. 118 de la LECrim, los derechos generales que se detallan a continuación:

- Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa;
- Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y, en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración;
- Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley;
- Derecho a designar libremente Abogado;
- Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla;
- Derecho a la traducción e interpretación gratuitas;
- Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen; y
- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

### 1. DERECHO DE INFORMACIÓN.

Presupuesto esencial del derecho de defensa, se encuentra expresamente **previsto** en el catálogo de derechos constitucionales de naturaleza fundamental **del art. 24.2 CE** —«Todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos»—. **Su fundamento reside** en los principios de **igualdad y contradicción**, es prioritario o preferente frente al resto de derechos, toda vez que su ejercicio posibilita el derecho a la tutela y su reverso, el derecho de defensa.

**El art. 118.1. a) de la LECrim**, reconoce «el **derecho** —de toda persona a quién se atribuya un hecho punible— **a ser informado de los hechos que se le atribuyan**, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de **detalle suficiente** para permitir el **ejercicio efectivo del derecho de defensa**».

**La atribución o imputación delictiva**, además de ser emitida en un lenguaje conocido, claro, sencillo, comprensible y preciso, adaptado a su edad, grado de madurez, discapacidad o cualquier otra circunstancia, **habrá de ser completa y exhaustiva,** puesto que la omisión de elementos fácticos, e incluso jurídicos, relevantes para la causa, conllevará, una quiebra del derecho de defensa, y de principios tan elementales como la contradicción y la igualdad de armas.

Este derecho a ser informado, **ha de acreditarse desde el mismo inicio del procedimiento**, al objeto de dotar de efectividad real al derecho de defensa.

La **omisión de la debida ilustración del contenido de la acusación** y del catálogo de derechos que asisten al investigado **puede ocasionarle, una indefensión real y efectiva**. También provendrá de una privación de las facultades de alegación, prueba e impugnación, motivadas por el desconocimiento de la información omitida, que supongan una desventaja.

## 2. DERECHO A EXAMINAR LAS ACTUACIONES CON LA DEBIDA ANTELACIÓN PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO DE DEFENSA Y, EN TODO CASO, CON ANTERIORIDAD A QUE SE LE TOME DECLARACIÓN.

Derecho contenido en el art. 118.1º. b) de la LECrim que supone un **afianzamiento o reforzamiento del derecho de defensa** y viene a *garantizar* no sólo que el **derecho de información sobre el contenido de la acusación** y **derechos procesales** mínimos se haya ejercido, sino, que lo haya sido con una antelación temporal suficiente para no comprometer la ulterior declaración del investigado.

**Esta información habrá de ser trasladada al investigado**, tan pronto como exista la más mínima posibilidad de inicial apreciación e inminente atribución, a una persona, de la comisión de una actividad delictiva concreta, con base en unos indicios sólidos.

La doctrina procesal penal que con mayor rigor se ha manifestado, es partidaria de solapar el momento del nacimiento del derecho de defensa a un período, incluso, anterior a la admisión de la denuncia o querella y conllevaría que la persona, contra la que se entabla la denuncia o querella, pudiera defenderse de los primeros indicios o sospechas vertidos frente a ella, que, eventualmente, pudieren desencadenar la imputación judicial, incluso antes de haberse admitido aquellas pretensiones, evitando así una desprotección o indefensión. Pero sin perjuicio de esta tesis doctrinal, lo cierto es que ***el momento de la imputación***, ahora denominado **«atribución»**, **del acto punible**,

solapado al nacimiento del derecho de defensa**, suele ubicarse o conectarse al momento de admisión de la denuncia o querella** o de adopción de alguna medida cautelar, momentos procesales en los que, **una vez adquirido el status de parte**, se dará traslado, al investigado, de los hechos que se le atribuyen/imputan y de todos los derechos que le asisten.

El derecho de defensa, en su proyección de derecho a la información, no sólo se vulnera cuando se infringe la necesaria secuencia temporal lógica y cronológica consistente en que la ilustración de la imputación y de los derechos elementales del investigado preceda a su primera declaración, sino también, cuando se le toma declaración como testigo, previa ocultación de los cargos existentes contra él. En tales supuestos, debido a que el testigo tiene las obligaciones de comparecencia, de prestar declaración y de decir la verdad, de recibirle declaración al investigado como testigo, se violaría su derecho al silencio y se le coaccionaría, pues podría ser apercibido ilegítimamente con las penas del delito de falso testimonio.

El derecho de información, presupuesto necesario de los restantes derechos fundamentales de naturaleza procesal, es un derecho presente también en los recursos. Y al igual que el derecho de información corresponde al investigado o encausado, constituye una de las garantías elementales de las víctimas en el proceso penal.

## 3. DERECHO A ACTUAR EN EL PROCESO PENAL PARA EJERCER SU DERECHO DE DEFENSA DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN LA LEY.

Este derecho viene referido al derecho de acceso al proceso, en su vertiente de derecho de defensa, que despliega, una triple proyección: 1º la adquisición del status de parte procesal, con el surgimiento del derecho de defensa y el despliegue de derechos que le son propios. 2º el derecho a realizar alegaciones fácticas y jurídicas, a presentar actos de investigación, a proponer pruebas y a intervenir en su práctica, así como a los demás actos para los que la Ley le faculte. 3º el derecho de impugnación de las resoluciones desfavorables.

### A) Derecho de acceso.

Surge cronológicamente en el momento en que el investigado tiene conocimiento, por vez primera, de la imputación. El apartado segundo del art. 118 de la LECrim, indica que «el derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena».

Este derecho de acceso, como manifestación del derecho de defensa, por razón de la posición pasiva del sujeto sometido a juicio, conlleva la entrada, de dicho sujeto, al proceso penal, con la consiguiente adquisición del status de parte.

El contenido del derecho de defensa, en esta manifestación de acceso al proceso, en la parte pasiva, ha de consistir en oponerse frontalmente a la imputación a través de la solicitud y obtención de la práctica de los actos de investigación y la realización de los de alegación, prueba e impugnación que estime necesarios para acreditar la exculpación. Esta exculpación puede orientarse bien a la inexistencia o ausencia de tipicidad del hecho, bien a la falta de participación en él del investigado, a su ausencia de responsabilidad penal o la concurrencia de circunstancias atenuantes de su

culpabilidad. Todos estos actos podrán efectuarse o hacerse efectivas, con el necesario asesoramiento técnico del Abogado.

Ahora bien, una vez ha adquirido, por el investigado, el status de parte procesal, tendrá la carga procesal de la comparecencia, asistido por Abogado y representado por Procurador.

### B) Derecho de alegación y prueba.

Es el derecho a la realización de actos de alegación y prueba, que permitan encauzar, sostener y, en la medida de lo posible, evidenciar una pretensión exculpatoria.

La omisión de una alusión expresa al derecho fundamental a «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», consagrado en el artículo 24.2 de la CE, a través del «derecho a actuar» parece, incomprensible. El derecho a la práctica de la prueba es limitado y queda condicionado, al cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, su solicitud o propuesta en tiempo y forma; en segundo lugar, su pertinencia y utilidad; y, en tercero, su relevancia para el resultado del proceso. El primer requisito depende de la pericia de su defensor y los restantes requisitos del Juez.
Cumplidos estos requisitos, de diligente solicitud o instancia procesal, así como de reconocida pertinencia, utilidad y relevancia material, la práctica de la prueba sobre los hechos controvertidos, deviene imprescindible para desvirtuar la presunción de inocencia, pues no resulta concebible la finalización de un proceso penal, en especial mediante condena, sin el ejercicio de este derecho fundamental.

### C) Derecho de impugnación de las resoluciones desfavorables.

Corresponde al derecho a los recursos, que, en el ámbito penal, adquiere relevancia constitucional. El precepto 118 de la LECrim reúne, en un elenco de derechos mínimos del investigado, un buen número de manifestaciones del derecho de defensa e impone su obligada traslación, sin demora injustificada, a dicho investigado. Con la manifestación de este «derecho a actuar en el proceso penal para ejercer el derecho de defensa» se estima cumplido el deber de información sobre su triple proyección de adquisición del status de parte, derechos de alegación y prueba, así como acceso a los recursos.

## 4. DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA.

Tras el derecho de información y de acceso, surge el derecho a la asistencia letrada. Tanto este derecho a la asistencia letrada como su predecesor, el derecho de publicidad han sido configurados como derechos distintos e instrumentales respecto del derecho de defensa.

El derecho de defensa despliega, pues, una doble proyección: el de la defensa privada o autodefensa y el de la defensa pública, a través de la designación de un Abogado de confianza o de un Abogado de la Justicia gratuita. Este derecho de asistencia letrada ha sido configurado como un derecho/deber, de carácter o naturaleza irrenunciable, en la medida en que la voluntad adversa del imputado al nombramiento de un Abogado de confianza provocará la designación de uno de oficio, y ello en cualquier fase del procedimiento.

El art. 118. 1. d) y e) LECrim reconoce, de manera expresa, el «derecho a designar libremente Abogado…» y el «derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla».

Una vez que la persona a la que se atribuye la comisión del hecho punible, toma conocimiento de la imputación, habrá de dar cumplimiento a la exigencia constitucional de la asistencia técnica o pública del Abogado defensor, al objeto de preparar la pretensión exculpatoria o incorporar hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal, así como solicitar y obtener los medios de prueba que estimen útiles para la defensa.

El derecho de defensa pública comprende, según el art. 118.2. II de la LECrim, «la asistencia letrada de un Abogado de libre designación o, en su defecto, de un Abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el Fiscal o la autoridad judicial y que estará presente en todas sus declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos».

Este «derecho a estar presente en todas las declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos», que corresponde al investigado, respecto de su Abogado, comprende su participación activa, mediante la emisión de observaciones, puntualizaciones, conexiones o explicaciones que puedan contribuir, en beneficio de su defendido.
De este derecho esencial, pueden desprenderse, las siguientes proyecciones:

La primera, consistente en la necesaria sintonía entre el defensor y defendido, que ha de ser reclamada en todo caso si se pretende una defensa real y efectiva. La existencia de discrepancias a la hora de preparar la pretensión exculpatoria, minimiza, la eficacia de la defensa y constituye una quiebra de tan relevante derecho fundamental. Este derecho habrá de intensificarse en los supuestos de asistencia jurídica gratuita.

La segunda, consistente en la privacidad de las comunicaciones entre Abogado e investigado. El precepto 118.4º de la LECrim, establece que «todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su Abogado tendrán carácter confidencial».

El derecho a la comunicación y entrevista reservada de todo investigado con su Abogado ha sido calificado, entre los propios miembros del Poder judicial, como un requisito elemental o básico del proceso.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el Juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones (art. 118.4.II LECrim).

No será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del Abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal (art. 118.4.III LECrim).

Finalmente, ha de tenerse en cuenta el derecho de asistencia letrada del investigado en función de su situación personal. Este derecho a la asistencia letrada del investigado encuentra su fundamento en el precepto 24 de la CE; el derecho de asistencia letrada del investigado, que, a su vez, se encontrase detenido o preso, encuentra su fundamento en el precepto 17. 3º CE («toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar. Se garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca»).

Las garantías se extreman cuando la persona investigada se encuentre detenida o presa, por encontrarse en tales supuestos en una situación de vulnerabilidad tal que pudiera sentirse debilitada, presionada, forzada o inducida a mantener declaraciones, emitir juicios, sostener pretensiones o realizar actuaciones que comprometen su derecho de defensa.

El presupuesto procesal de la capacidad de postulación no se cumple únicamente con la asistencia técnica del Letrado, siendo precisa, a su vez, la representación por Procurador, tal y como impone el precepto 118.3º de la LECrim. Si no hubiesen designado Procurador o Abogado, se les requerirá para que lo hagan o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

## 5. DERECHO A LA TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN GRATUITAS.

El art. 118.1º. f) reconoce el «derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127». El derecho a la traducción ha de referirse a los textos, escritos o documentos, y habrá de desempeñarse con suficientes conocimientos técnicos del sistema jurídico procesal vigente en cada momento y lugar; el derecho a la interpretación ha de enfocarse a las comunicaciones verbales, que incluyen no sólo el mensaje oral auditivo, sino también los gestos, signos, señas, posturas, etc. El derecho a la interpretación es irrenunciable, conjuntamente con el derecho de asistencia letrada, también irrenunciable.

Este derecho constituye un presupuesto ineludible o indispensable para el ejercicio de los restantes derechos, porque ninguna información, ni asistencia letrada, ni garantías esenciales, ni siquiera derechos fundamentales podrán ejercerse si no se comprende la lengua en la que se comunican dichos derechos al investigado. De no conocer o comprender la lengua en que se comunica, se producirá una quiebra radical de todo el sistema de garantías establecido, con grave afección del derecho a la igualdad de armas, a la defensa, e incluso, a la tutela judicial efectiva.

El precepto 123 de la LECrim enumera y regula los derechos a la interpretación y traducción que corresponden a los investigados o encausados y son:

a) Derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales.
   El derecho de traducción comporta que sea trasladada a una lengua que comprenda, sin que, por fuerza, deba ser su lengua de origen o materna.

b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales.
Este derecho de traducción no afecta sólo a la Policía, MF u órgano judicial, sino que también se incluye a su Abogado.
c) Derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral.
Este derecho conlleva, que el sujeto pasivo del proceso penal, además de entender perfectamente el idioma de sus comunicaciones, comprenda el conjunto de actos que integran el relevante juicio oral, y ello de un modo especialmente intenso durante la práctica de las pruebas de cargo que permitan desvirtuar su presunción de inocencia. Y es que tan sólo podrá defenderse, adecuadamente, si ha comprendido los actos que se sustancian durante el juicio oral, las declaraciones de testigos y peritos, las calificaciones y los informes finales.
En el caso de que no pueda disponerse del servicio de interpretación simultánea, la interpretación de las actuaciones del juicio oral se realizará, mediante una interpretación consecutiva de modo que se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.
La traducción simultánea parece ser la regla general, y la consecutiva, la excepcional.
d) Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia.
Por razones económicas este derecho es limitado, quedando condicionado a que dichos documentos resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho de defensa.
e) Derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.
Este derecho puede ejercerse, de manera exclusiva, por el interesado (sujeto pasivo del proceso penal) sin necesidad de asistencia técnica alguna, aun cuando puede también hacerlo, como es lógico, asistido por su Abogado.
La referida solicitud habrá de ser trasladada al Juez, quién, comprobará la efectiva esencialidad del documento para solicitar su traducción o descartarlo.

Los gastos de traducción e interpretación derivados del ejercicio de los derechos recién analizados serán sufragados, según el art. 123.1.II LECrim, por la Administración, con independencia del resultado del proceso.

La gratuidad no queda condicionada ni a los recursos económicos del sujeto o sujetos beneficiarios del referido derecho, ni al resultado del juicio.

Establecidos los derechos de traducción e interpretación gratuitos, en el primer apartado del precepto 123, el Legislador destina los apartados dos a seis, al desarrollo de dichos derechos —traducción en plazo razonable; suspensión de plazos procesales; preferente asistencia física de intérprete y, en su defecto, por medio de videoconferencia o de cualquier medio de telecomunicación; grabación audiovisual de la manifestación original y de las interpretaciones orales o en lengua de signos—, así como al establecimiento de ciertas excepciones.

## 6. DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y A NO PRESTAR DECLARACIÓN SI NO DESEA HACERLO, Y A NO CONTESTAR A ALGUNA O ALGUNAS DE LAS PREGUNTAS QUE SE LE FORMULEN.

Este derecho está recogido en el art. 118.1. g) LECrim. El derecho a guardar silencio ha de referirse a las cuestiones relacionadas con la investigación penal y no con otros extremos de imprescindible conocimiento, como puedan ser la identificación de la persona o la averiguación sobre su capacidad.

La información, al investigado, desde un momento incipiente del proceso, de este derecho a guardar silencio se convierte en presupuesto esencial para su ejercicio.

Este derecho a guardar silencio asiste a su beneficiario, tanto respecto de la totalidad de interrogatorios planteados, no prestando declaración alguna, como a su parcialidad, decidiendo el mismo, tras el debido consejo y asesoramiento técnico en el interrogatorio al que decida someterse, las preguntas a las que desea responder y cuáles aquellas otras que prefiere no contestar.

## 7. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE.

Derechos recogidos en el art. 118.1. h) LECrim. Estos derechos fundamentales constituyen manifestaciones elementales del genérico derecho de defensa, vienen a potenciar la libertad de elección del ejercicio de auto-defensa, en la medida en que otorgan absoluta libertad, al investigado o encausado, para mantener pretensiones exculpatorias o para limitarse a no declarar en sentido alguno.

Se puede considerar como una especie de derecho a la mentira o a la ocultación, mediante la creación de una «coartada» alternativa a la pretensión condenatoria, sin que el descubrimiento o esclarecimiento judicial de dicha falsedad deba ser interpretado como un indicio de la culpabilidad de quién se ha servido de dicho «instrumento de defensa».

## 8. OTROS DERECHOS BÁSICOS DEL INVESTIGADO: DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA, A LA DIGNIDAD, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A LA CONGRUENCIA PENAL.

Conviene apuntar que este listado de derechos todavía no es completo, por lo que convendría incorporar los siguientes derechos: el derecho a la práctica de la prueba, el derecho a la dignidad del investigado/encausado, el derecho a la presunción de inocencia —en tanto no recaiga una sentencia de condena, el derecho a la última palabra y, al fin, el derecho a la congruencia penal.

El derecho a la última palabra, recogido en el art. 739 de la LECrim, e incomprensiblemente olvidado en el listado del art. 118 de la misma Ley, será respetado cuando, habida cuenta del desequilibrio existente entre las partes, el investigado/encausado, en efecto, tenga la posibilidad de ser oído en último lugar. Este derecho a la última palabra no sólo es reclamable al término del juicio oral, sino también en todas y cada una de las instancias en que el Tribunal ad quem decida agravar la condena.

El derecho a la dignidad conlleva que el investigado/ encausado, al igual que la víctima y restantes personas que participan en el proceso penal, sea tratado con todo respeto, en sentido amplio, a su honor, dignidad e integridad.
El derecho a la presunción de inocencia presupone lo siguiente: en primer lugar, que el investigado/encausado será considerado inocente durante todo el proceso penal, esto es, desde la primera atribución delictiva hasta la sentencia o resolución judicial firme; en segundo, que esta presunción de inocencia tan sólo podrá ser desvirtuada conforme a la prueba de cargo practicada en

el juicio oral —a excepción de la prueba anticipada y preconstituida—; y al fin, en tercero, que en ausencia de prueba de cargo relevante para desvirtuar los elementos constitutivos del delito, se resolverá la absolución.

No debe olvidarse que el derecho a la congruencia penal constituye una de las garantías esenciales del proceso penal. Ningún acusado podrá ser condenado por hechos distintos a los integrantes del objeto del juicio oral.

## IV. REFUERZO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LOS SUPUESTOS DE DETENCIÓN Y PRISIÓN PROVISIONAL.

El art. 520 de la LECrim establece los nuevos parámetros de la detención y prisión provisional, al tiempo que intensifica los derechos y garantías de los investigados que hubieren sido detenidos o se encontraren presos.
El apartado primero del referido art. 520 señala que «la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla, así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. En el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. En el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o en su caso, de la puesta en libertad».

El Legislador intensifica o refuerza los derechos al honor, intimidad e imagen de los detenidos o presos para evitar que se aflijan tratos humillantes, insultantes, vejatorios o inhumanos.

El apartado segundo del art. 520 LECrim, el Legislador intensifica los derechos que asisten al investigado en estas condiciones de detención o privación de libertad al señalar que «toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
c) Derecho a designar Abogado y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de Letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.
d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad».
   El precepto 505.3.II LECrim, establece que «el Abogado del investigado o encausado tendrá acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado que estuviere detenido». Este derecho asiste a todo investigado o encausado privado de libertad, quién a través de su Abogado, podrá acceder a

elementos esenciales de la investigación y ello, aunque se hubiese decretado el secreto con el objeto de que ello permita, al investigado, impugnar su privación de libertad, sin que suponga, comprometa de forma grave o frustre el resultado de la investigación.

e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.
f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el Juez o el Fiscal.
g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.
h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.
i) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

Como puede observarse, la forma de comunicación de los derechos que asisten al investigado difiere en función de su situación personal. La información al investigado ha de transmitirse de manera verbal cuando no se encuentra privado de libertad, este mismo derecho de información se refuerza en los supuestos de detención y su contenido habrá de ser trasladado por escrito, en una lengua que comprenda.

La información, según establece el art. 520.2.bis LECrim, se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

# Lección 11 EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

## I. LOS DIFERENTES OBJETOS DEL PROCESO PENAL.

Dispone el **art. 100 LECrim** que «*de todo delito…nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*». Así, en nuestro ordenamiento procesal, cabe **la posibilidad de acumular**, al ejercicio de la acción penal, la interposición de una pretensión civil de resarcimiento. La ***pretensión penal*** y la ***civil*** acumulada a la misma constituyen, pues, los diferentes objetos del proceso penal.

## II. EL OBJETO PRINCIPAL: LA PRETENSIÓN PENAL.

El objeto principal del proceso penal lo integra la ***pretensión penal* o punitiva**. Por pretensión penal podemos entender la **declaración de voluntad**, dirigida **contra el acusado**, en la que se solicita del Juzgado o Tribunal de lo Penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad, fundada en la comisión, por aquél, de un hecho punible.

### 1. REQUISITOS SUBJETIVOS.

Aun cuando dentro de los requisitos subjetivos de la pretensión penal puedan distinguirse los atinentes al órgano jurisdiccional, a las partes acusadoras y al acusado, el elemento subjetivo determinante del objeto procesal penal es exclusivamente ***la persona del acusado***.

La ***determinación e identidad del acusado*** forma parte del objeto procesal, de tal suerte que existen tantas pretensiones, cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación, aun cuando la misma se funde en la comisión de un mismo hecho punible.

La determinación del acusado ha de suceder necesariamente dentro de la ***fase instructora***, pues una de las funciones esenciales del sumario consiste en determinar la legitimación pasiva o, lo que es lo mismo, «*hacer constar… la culpabilidad de los delincuentes*».

Dicha función se asume a través del «***auto de procesamiento***» en el proceso penal común para delitos muy graves y mediante el ***Auto de incoación del Proceso Penal Abreviado*** (*Auto de PPA*), en el abreviado, de tal suerte que, según doctrina del TC, «*nadie puede ser acusado, sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente investigado*» y haber sido previamente oído por el Juez de Instrucción.

### 2. REQUISITOS OBJETIVOS.

Dentro de los requisitos objetivos de la pretensión penal se hace obligado **distinguir** la fundamentación fáctica, la jurídica y la petición.

### A) La fundamentación fáctica: el hecho punible.

La fundamentación fáctica de la pretensión viene determinada por la atribución al acusado de la comisión de un ***hecho punible***. Por hecho punible cabe entender el ***hecho histórico, subsumible en tipos penales de carácter homogéneo***, es decir, el hecho, tal y como aconteció en la realidad externa y desprovisto de toda calificación jurídica, salvo en lo referente a la del bien jurídico protegido por la norma penal. En el caso de existencia de distintas calificaciones sobre el hecho, tan sólo será posible su subsunción en los tipos penales cuyos bienes o intereses jurídicos sean de carácter homogéneo, sin que pueda el tribunal condenar al acusado por una calificación distinta que no haya sido previamente objeto de acusación.

***El hecho natural y su indivisibilidad.*** Que el objeto del proceso penal viene determinado por un hecho anterior y externo al proceso, es una exigencia del derecho de defensa, de la cosa juzgada y, en general, del principio de seguridad jurídica.

El Tribunal **NO** puede condenar al acusado por una calificación distinta que **NO** haya sido objeto de acusación. La aparición de un nuevo hecho punible distinto al que ha sido objeto de la acusación provocará la suspensión del juicio para practicar una "sumaria instrucción complementaria" y deducir una nueva acusación para ese nuevo hecho. Si así sucediera, se infringiría el «*non bis in idem*» que también alcanza una dimensión constitucional.

Por consiguiente, junto a la ***identidad subjetiva***, el objeto del proceso penal se integra también con la ***identidad objetiva*** o del hecho punible, entendido como hecho histórico o natural.

El objeto del proceso penal lo constituya el hecho natural no significa que las partes sean enteramente dueñas de su aportación al proceso, de tal manera que estén autorizadas a efectuar una *introducción fragmentaria* de él en el mismo, ni que el Tribunal esté absolutamente vinculado a dicha aportación, pues, en el proceso penal, rige el principio de la ***indivisibilidad*** del hecho punible. El proceso penal se rige por el Principio de INVISIBILIDAD del hecho punible: En la fase instructora, las partes gozan de un cierto poder en la determinación subjetiva u objetiva del hecho. En la fase del juicio oral, el Tribunal está obligado a descubrir la verdad material.

***El hecho típico y la homogeneidad del bien jurídico.*** En segundo lugar, no todo acontecimiento externo interesa al proceso penal, sino tan sólo los hechos aparentemente típicos, pues, como hemos visto, tan sólo, de la existencia de un hecho penalmente antijurídico, surge la acción penal.

Pero a los efectos de la determinación de la pretensión, la calificación jurídica del hecho no constituye, en principio, elemento esencial alguno. También en el proceso penal rige la máxima «*iura novit curia*», por lo que el Tribunal es dueño de la individualización y aplicación al hecho de las pertinentes normas del Código Penal.

En nuestro ordenamiento, la individualización de las normas jurídicas no constituye una potestad absoluta e incondicionada del Tribunal. Así, el TC y el TS exigen que los cambios en la calificación del hecho punible respeten la identidad u ***homogeneidad del bien jurídico*** protegido por el ordenamiento sustantivo, de tal suerte que, en aras de la protección del derecho de defensa, se impone una limitación al «*iura novit curia*»: el tribunal podrá modificar la calificación jurídica sustentada por la acusación siempre y cuando la nueva subsunción jurídica del hecho corresponda a normas penales tuteladoras de bienes jurídicos homogéneos o, incluso, cuando el cambio de calificación jurídica obedezca a un simple error de la acusación fácilmente constatable por la defensa.

### B) La fundamentación jurídica: el título de condena.

El objeto procesal penal viene exclusivamente **determinado por la identidad subjetiva**, la identidad **objetiva y la homogeneidad del bien jurídico**. Junto a tales requisitos, también exige el **art. 650.2º** que en el escrito de acusación se haya de reflejar «*la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan*». Es necesario determinar en qué medida la calificación penal integra o no el objeto del proceso penal, con independencia de la homogeneidad o heterogeneidad del bien jurídico.

Desde un punto de vista estrictamente constitucional la respuesta a dicha cuestión ha de ser forzosamente ***negativa,*** razón por la cual nunca pueden trasladarse a través del recurso de amparo vulneraciones a eventuales vinculaciones a la calificación jurídica que no se reconduzcan a la doctrina de la homogeneidad de bien jurídico.

### C) La petición.

La *petición de pena tampoco constituye un elemento esencial* de la pretensión penal, pues, en principio su individualización corresponde al tribunal decisor. Pero la jurisprudencia del TS, ha declarado contrario al **art. 24.2 CE** la irrogación al encausado de una pena principal no solicitada por la acusación, pudiendo imponer de oficio una pena accesoria, razón por la cual dicha exigencia se convierte también en objeto del proceso penal.

De todo lo anterior se desprende que el objeto del proceso penal queda determinado por la ***petición de una pena principal sustanciada en un hecho histórico homogéneamente típico y por la identidad del acusado***.

## 3. REQUISITOS FORMALES.

El **ejercicio de la acción y la interposición de la pretensión**, en el penal, aparecen **distanciados** procedimentalmente. La acción se ejercita en el acto de iniciación del proceso penal (*denuncia judicial, querella, iniciación de oficio*), en tanto que la pretensión sigue un proceso escalonado que empieza en la instrucción, pasa por el escrito de acusación y culmina con las conclusiones definitivas.

### A) La fase instructora.

**La función** de la fase instructora en la determinación del objeto procesal es **doble**:

- de un lado, contribuye a la aportación del material de hecho tendente a demostrar la tipicidad del hecho punible;
- de otro, asume la función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal. A ambas funciones se refiere el **art. 299.**

Pero la **función objetiva** de la instrucción no alcanza a determinar la fundamentación fáctica de la pretensión, sino tan sólo a posibilitar su afirmación por las partes acusadoras.

También **en el proceso penal rige el principio de aportación**, las partes acusadoras son a quienes les incumbe la carga de efectuar la fundamentación fáctica de la pretensión, partiendo, eso sí, de los hechos investigados en el sumario. De aquí que la denominada «conclusión primera o principal» del escrito de calificación provisional haya de contener «*los hechos punibles que resulten del sumario*».

### B) El escrito de acusación.

El ***escrito de acusación*** del proceso penal abreviado o escrito de calificación provisional en el proceso común, **sirve para formalizar la pretensión penal**, cumpliendo una función similar a la del escrito de demanda en el proceso civil. En efecto, el escrito de acusación necesariamente ha de **contener** la descripción del hecho punible, la determinación del acusado, la calificación legal de los hechos y la pena que se solicita.

Así, mediante el escrito de acusación se efectúa una ***primera delimitación del objeto procesal***, a la vez que se determina también el tema de la prueba sobre el que recaerá la actividad probatoria en el juicio oral.

### C) Las conclusiones definitivas.

La pretensión penal **no queda definitivamente fijada en el escrito de acusación**, pues puede ocurrir que se pongan de manifiesto distintas calificaciones jurídicas a las invocadas en el escrito de calificación o se produzca una mutación esencial de la pretensión como consecuencia de la entrada de nuevos hechos punibles en el juicio oral. Por esta razón, el ordenamiento faculta a las partes a modificar sus calificaciones provisionales y transformarlas en definitivas.

El ***escrito de conclusión*** constituye, pues, la última posibilidad de la que gozan las partes acusadoras para modificar la ***pretensión penal***, la cual queda ***definitivamente fijada*** en el proceso, estableciendo el deber de congruencia del Tribunal exclusivamente con respecto a lo afirmado en las conclusiones definitivas.

## 4. LA LITISPENDENCIA.

### A) Requisitos.

La litispendencia, siendo el antecedente o proyección de la cosa juzgada en el proceso, **exige la concurrencia de las tres identidades:** la identidad subjetiva, objetiva y en la causa de pedir.

Pero **en el proceso penal no** rige la doctrina de las tres identidades, sino que, de todas estas identidades, las únicas determinantes de la litispendencia penal son las que integran el objeto del proceso penal, esto es, la ***identidad del acusado*** y la del ***hecho punible***. En efecto, debido a la circunstancia de que en el proceso penal son múltiples las partes acusadoras y de que a ellas no se extienden los efectos de la cosa juzgada, la **única identidad subjetiva** requerida por la litispendencia es ***la de la persona del acusado***. De dicha regla general, tan solo cabe **exceptuar** los procesos instaurados por la comisión de un **«delito privado»**, en los que, como consecuencia del derecho a la no perseguibilidad del delito que asiste al ofendido, aquí sí se hace preciso cumplir con la exigencia de la identidad subjetiva de la parte acusadora. Lo mismo cabe afirmar del requisito de la «*causa petendi*», el cual, no forma parte del objeto procesal, que se circunscribe al hecho natural o histórico.

Por el contrario, ***la identidad del hecho punible***, entendido como hecho natural e indivisible, **conforma** el objeto y, por tanto, ***delimita****, junto con la identidad del acusado, la litispendencia.*

### B) Efectos.

Dentro de los efectos de la litispendencia cabe distinguir los procesales, de los materiales:

❖ ***Procesales.*** En el orden procesal, la litispendencia produce el **efecto positivo** de la «*perpetuatio iurisdictionis*», y **el negativo** de impedir la apertura de un segundo proceso penal por el mismo hecho y contra el mismo acusado.

- Efecto positivo, *está obligado el Juez de Instrucción a* ***dictar una resolución*** *motivada de la «notitia criminis»*, la cual puede ser de inadmisión o de admisión y, en este segundo caso, puede finalizar con una resolución de sobreseimiento o de conclusión del sumario en el proceso común con remisión a la Audiencia o de conclusión de las Diligencias Previas, apertura del juicio oral y remisión al órgano de enjuiciamiento, en el proceso abreviado.
- Efecto negativo, ***a ningún otro Juez*** *de Instrucción* ***se le autoriza la apertura*** *de una instrucción contra un investigado, con respecto al cual exista ya una instrucción en curso sobre el mismo hecho.* Si así sucediera, habrá el segundo Juez de inhibirse en favor del primero o suscitarse una cuestión (*declinatoria e inhibitoria*) de competencia.

La litispendencia no constituye excepción alguna de la defensa, sino un auténtico ***presupuesto procesal***, que puede ser

- estimada de oficio dentro de la instrucción, sin perjuicio de que se pueda alegar como «*artículo de previo y especial pronunciamiento*» al amparo del **art. 666.1º**
- o como una cuestión previa en la audiencia preliminar del abreviado, que puede plantear, tanto la defensa, como el Ministerio Fiscal, ya que la jurisdicción penal, a diferencia de la civil, es «*improrrogable*».

❖ ***Materiales: la interrupción de la prescripción.*** El efecto primordial de la litispendencia en el ordenamiento sustantivo es el de la interrupción de la prescripción. Así, «*la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes* […]» (**art. 132.2 CP**).

Podemos afirmar que ***la interrupción de la prescripción*** *se ocasiona* ***mediante*** *la* ***presentación de la denuncia o querella ante el Juzgado****, siempre y cuando el Juzgado dicte alguna resolución judicial de imputación dentro de los* ***seis o dos meses***, contados respectivamente a partir de la incoación del proceso penal por delito o del juicio de faltas, en cuyo caso los efectos de la interrupción de la prescripción se retrotraerán al momento de la presentación del acto de iniciación. Pero esta doctrina no ha sido secundada plenamente por el TS, lo que provoca un auténtico conflicto con el TC, del que son fruto no pocas sentencias estimatorias de amparo.

### C) Momento en el que surge la litispendencia.

Los efectos procesales de la litispendencia se producen **desde el momento de admisión a trámite** de la «***notitia criminis*»,** puesto que es a partir del ***auto de incoación*** del sumario o de las diligencias previas cuando se le ha trasladado al Juez la sospecha sobre un hecho punible que ha de ser investigado. Concurre, a partir de este momento, la identidad objetiva necesaria para que el objeto procesal, que no se integra mediante la calificación jurídica, quede perfectamente determinado.

## III. EL OBJETO EVENTUAL: LA ACUMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN CIVIL AL PROCESO PENAL.

### 1. RÉGIMEN LEGAL Y FUNDAMENTO.

Según dispone el **art. 100 LECrim** «*de todo delito o falta… **puede nacer también acción civil** para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*».

**El fundamento** de la acumulación de la «acción» civil a la penal derivada de delito **es la economía procesal**, toda vez que dicho **sistema permite discutir** y decidir **en un solo proceso**, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil declarativo, produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito.

### 2. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES.

Aunque el **art. 100 LECrim**, nos diga que «*del delito o falta puede nacer también acción civil*», en realidad no es la acción civil la que nace del delito, sino el derecho de acción penal, el cual se ejercita a través de los distintos medios de iniciación del proceso penal. Lo que **nace del delito** es una ***pretensión civil de resarcimiento***, la cual puede acumularse a un procedimiento penal en curso o separarse de él y reservarse para plantearla en el correspondiente proceso civil declarativo, una vez haya finalizado el proceso penal (**art. 111**).

**Por pretensión civil dimanante del delito** podemos entender, pues, la **declaración de voluntad**, planteada ante el Juez o Tribunal de lo Penal en un procedimiento penal en curso, pero **dirigida contra el encausado** o el responsable civil y sustanciada en la comisión por él de un acto antijurídico, que haya podido producir determinados daños en el patrimonio del perjudicado o actor civil, **por el que solicita la condena** de aquél a «*la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios*» (**art. 100**).

Del referido concepto se infieren los siguientes **elementos esenciales**:

#### A) Requisitos subjetivos.

La pretensión civil (actor) como en la que se opone (responsable civil), han de concurrir los presupuestos procesales:

- ➢ Capacidad para ser parte.
- ➢ De actuación y de conducción procesal.
- ➢ Legitimación, activa (los perjudicados) y pasiva (los causantes de aquellos daños).
- ➢ Postulación procesal.

#### B) Requisitos objetivos.

**La fundamentación**: debe existir actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (Es indiferente que la responsabilidad penal haya quedado extinguida por alguna de las causas).

**La petición**: está sometida al Principio DISPOSITIVO, es decir, el actor es dueño de su interposición y renuncia, vinculando mediante la petición la actividad decisoria del Tribunal que puede dictar:

**La restitución de la cosa** (reponer las cosas o devolverlas) [puede producirse en delito de sustracción, salvo que sea por buena fe].

**La reparación de la cosa** que consiste en obligaciones de dar, de hacer o de NO hacer. Si la prestación fuere personal, cabrá ejecución subsidiaria, y tan solo cuando fueren personalísimas el Juez podrá ordenar que sean cumplidas por el condenado.

**La indemnización**: se trata de pagar una cantidad dineraria suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito (se aplica cuando NO es posible restituir la cosa), que previamente deben ser evaluados.

### C) Requisitos formales.

La pretensión civil se deduce con toda su plenitud en el ***escrito de acusación*** o calificaciones provisionales, **sin que se pueda modificar** sustancialmente la pretensión civil en las conclusiones definitivas, porque se contravendría el principio de «*prohibición de ampliación de la demanda*» y se generaría indefensión al responsable civil. **El escrito de acusación determina** el objeto procesal civil y la obligación de congruencia del Tribunal, pues, **la sentencia** ha de **resolver** todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio.

La pretensión civil **la puede deducir el propio perjudicado**, quien puede comparecer en la instrucción mediante querella, a través del ofrecimiento de acciones o mediante adhesión, permitiéndose la intervención litisconsorcial, pero bajo una misma representación y dirección letrada.

Si el **perjudicado no compareciera** en el proceso, ni reservará el ejercicio de la acción civil para el correspondiente proceso declarativo, **el MF**, vía sustitución procesal, la **ejercitará en su nombre**.

## IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL POR EL MINISTERIO FISCAL.

### 1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO.

En nuestro proceso penal **rige el principio de acumulación de la pretensión civil al proceso penal incoado,** y ello con la sola excepción de la renuncia o reserva de la acción civil por el perjudicado. Pero, si estas posibilidades no han sucedido, el Ministerio Fiscal viene obligado a ejercitar la acción civil en el propio interés del perjudicado.

Esta actuación constituye un claro supuesto de ***legitimación derivada*** o ***por sustitución procesal***, donde el Ministerio Fiscal actúa en nombre propio, pero en interés del perjudicado, como consecuencia de esa misión del Ministerio Público de velar por los derechos de los ciudadanos y por los de las personas desvalidas.

En cuanto **a la acción popular,** la jurisprudencia, le niega legitimación activa para el ejercicio de la pretensión resarcitoria.

## 2. PLURALIDAD DE PARTES.

La posibilidad de que el Ministerio Fiscal ejercite la acción civil en interés del perjudicado **no exonera**, sin embargo, **al juez de instrucción de su obligación de invitar al perjudicado a entrar en el procedimiento** mediante el referido ofrecimiento de acciones. Si incumpliera dicha obligación, vulneraría su derecho a la tutela.

En el supuesto de que **el perjudicado ejercitara su derecho de querella** o compareciera como parte acusadora, surge un fenómeno de ***pluralidad de partes,*** con respecto al cual se hace necesario determinar la capacidad de postulación entre el Ministerio Fiscal y el perjudicado en todo lo referente al ejercicio de la pretensión civil.

La constitución del perjudicado en parte actora civil debiera eximir al Ministerio Fiscal del ejercicio de la pretensión civil. Pero, el **art. 108** no lo ha querido así e impone la necesidad de que, «*haya o no acusador particular*», ejercite la acción civil.

Este ejercicio conjunto de la pretensión civil por ambas partes no significa que gocen simultáneamente de la misma capacidad de postulación. ***La única parte originariamente legitimada es el perjudicado***, quien, siendo titular de un derecho subjetivo de carácter disponible, goza de todo el poder de disposición sobre la pretensión civil: puede renunciarla, reservarla para el declarativo correspondiente o acumularla al procedimiento penal en curso. Si así lo hace, el principio de congruencia sólo puede transcurrir entre lo solicitado por el perjudicado, lo resistido por el responsable civil y lo concedido por el órgano jurisdiccional.

Así, pues, la única ***parte principal*** en esta materia **es el perjudicado,** siendo la actuación del Ministerio Fiscal subordinada a la del perjudicado, quien goza de todo el poder de disposición sobre la pretensión civil. La deducción de la pretensión civil por el Ministerio Fiscal, cuando exista pluralidad de partes, tiene un mero valor de ilustración al órgano jurisdiccional acerca de la fundamentación de la pretensión resarcitoria, con respecto a la cual podría incluso oponerse a su concesión, si la estimara de todo punto infundada.

# Lección 12 EL INICIO DEL PROCESO PENAL: ACTOS DE INICIACIÓN, DE IMPUTACIÓN Y DE DEFENSA

## I.INTRODUCCIÓN.

El proceso civil **se inicia** siempre de la misma forma: **mediante la interposición de la demanda ante el Juez con Jurisdicción y competencia** para conocer de ese concreto proceso.

El proceso penal puede **instaurarse de distintas formas** y las **primeras actuaciones urgentes** que se desencadenan no dependen de su interposición ante el Juez con Jurisdicción y competencia para conocer de ese concreto proceso, sino que **son razones de urgencia cuando se descubre un hecho delictivo**, las que hacen que comiencen las primeras actuaciones que permiten comprender que el proceso penal ya se ha iniciado.

La transcendente diferencia entre la **iniciación del proceso civil y la del proceso penal** responde a **la naturaleza del bien jurídico** sometido a juicio, en el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, y susceptible de protección judicial.

- El proceso civil lo inicia el que es titular exclusivo quién cree tener un derecho o interés jurídico digno de protección en el tráfico privado
- El proceso penal lo inicia la acusación pública —MF—; a la acusación particular —ofendido por el delito—; a la acusación privada —destinatario del delito privado; e, incluso, a la acusación popular: quivis ex populo—

Otra diferencia entre ambos procesos hace referencia a la tutela judicial efectiva.

- **La tutela judicial civil** se destina a la pacificación de una litigiosidad privada, que afecta, única y exclusivamente a las personas que han presentado, ante el Juez, su particular controversia
- **La tutela penal** se destina al restablecimiento de la armonía y de la paz social frente a las actuaciones que ponen en peligro la vida, la salud, el bienestar, el patrimonio y tantos otros valiosos bienes, que son patrimonio, no sólo de la persona agredida, sino de toda sociedad.

## II. ACTOS DE INICIACIÓN DEL PROCESO PENAL.

### 1. LA DENUNCIA.

La denuncia es una **declaración de conocimiento, oral o escrita**, que, de forma obligatoria, debe efectuar, ante cualquier órgano judicial, fiscal o policial, la persona —víctima, perjudicado o tercero— que ha percibido, por sus sentidos, la perpetración de un delito público, provocando, con ello, la incoación del proceso penal.

**Notas** configuradoras:

1º) Es una ***exclusiva declaración de conocimiento y no de voluntad***, por cuánto se circunscribe a la narración de los hechos la práctica de prueba alguna ni necesidad de constituirse en parte, mediante la presentación de la querella.

2º) Es una ***obligación*** **para quién hubiere percibido**, por sus sentidos, de manera directa**, la comisión del hecho delictivo** perseguible de oficio. LECrim: *«El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juezde instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare»*. Una vez interpuesta la denuncia víctima y/o perjudicado podrán personarse, si lo estiman oportuno, como acusadores particulares; el tercer denunciante —persona que no ha sufrido, de manera directa, en su persona, el resultado delictivo— podrá ser testigo en el proceso que se instaura.

- Están **exentos**: losmenores de edad y quiénes hubieren sido provistos judicialmente de medidas de apoyo por razón de su discapacidad (art. 260 LECrim); y, las personas que mantengan, respecto del presunto delincuente, alguno de los siguientes vínculos: el cónyuge no separado legalmente o, de hecho, la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, los ascendientes, los descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundogrado inclusive (art. 261 LECrim).
- Están **especialmente Obligados**: Quiénes, por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, salvo:
  - Abogados y Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes; y
  - Eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que seles hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio (art. 263 LECrim).

3º) Podrá ser **formulada ante cualquier órgano o autoridad**, sea judicial, fiscal o policial, no resultando imprescindible que sea ante el Juez con Jurisdicción y competencia para conocer de ese concreto proceso, tal y como acontece con la querella.

4º) La denuncia podrá **ser oral o escrita**, si bien en el primer caso —cuando sea verbal— se extenderá un acta por la autoridad o funcionario que la reciba, en la que, en forma de declaración, se expresarán cuantas noticias tenga el denunciante relativas al hecho denunciado y a sus circunstancias, firmándola ambos a continuación. En este escrito siempre quedará perfecta constancia de la persona del denunciante, pues en nuestro país carecen de toda validez las «denuncias anónimas».

5º) Una vez formalizada la denuncia, **se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez** o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa.

## 2. LA QUERELLA.

La querella es una **declaración de conocimiento y voluntad**, siempre escrita, **de la comisión de un hecho delictivo, efectuada por el MF** o poruna persona —víctima, perjudicado o tercero— formulada ante el Juez con Jurisdicción y competencia, con la manifiesta **intención de constituirse** en parte en el proceso penal. **Nota**s características:

1. La querella es una **declaración de conocimiento** y también **de voluntad**.
2. La querella podrá **ser interpuesta por el MF o** por cualquierade las siguientes personas: primero, la víctima o el perjudicado por el delito,sea español o extranjero; segundo, cualquier ciudadano español, hayan sido o no ofendidos por el delito público, ejercitando la acción popular.

   Los querellantes extranjeros habrán de prestar fianza de la clase y enla cuantía que fije el Juez o Tribunal, salvo que un Tratado internacional disponga lo contrario, o se les exima por

razón del principio de reciprocidad.

También habrán de prestar fianza los ciudadanos españoles en el ejercicio de la acción popular, quedando tan sólo exentos de esta obligación:

- 1º El ofendido y sus herederos o representantes legales;
- 2º En los delitos de asesinato o de homicidio, el cónyuge del difunto o persona vinculada a él por una análoga relación de afectividad,los ascendientes y descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive, los herederos de la víctima y los padres, madres e hijos del delincuente;
- 3º Las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima.

3. **Habrá de ser formulada ante el Juez de instrucción competente**. Si el querellado estuviere sometido por disposición especial dela Ley a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querella. Lo mismo se hará cuando fueren varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos y alguno de aquéllos estuviere sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer, por regla general, del delito (art. 272 LECrim).

   Cuando se trate de un delito cometido *in fraganti* o de losque no dejan señales permanentes de su perpetración, o en que fuere de temer fundadamente la ocultación o fuga del presunto culpable, el particular que intentare querellarse del delito podrá acudir al Juez de instrucción más próximo o a cualquier funcionario de policía, a fin de que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdadde los hechos y para detener al delincuente.

4. La querella **será siempre escrita y su autor deberá acreditar** la debida capacidad de postulación, esto es, habrá de ser presentada por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Seextenderá en papel de oficio, y en ella se expresarán, por indicación expresadel art. 277 LECrim, los siguientes datos:
   - 1º El Juez o Tribunal ante quien se presente.
   - 2º El nombre, apellidos y vecindad del querellante.
   - 3º El nombre, apellidos y vecindad del querellado.
     - En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.
   - 4º La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecutó, si se supieren.
   - 5º Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.
   - 6º La petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.
   - 7º La firma del querellante o la de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiere firmar cuando el Procurador no tuviese poder especial para formular la querella.

5. **La admisión de la querella**, por el Juez de instrucción, mediante auto, **conllevará la consecuente práctica de las diligencias** que en ella se hubieren propuesto, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, que

habrá de denegar en resolución motivada. La querella será, sin embargo, desestimada, también mediante auto, cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario.

## 3. EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES

El ofrecimiento de acciones constituye un mecanismo procesal de llamamiento a los ofendidos y/o perjudicados por el hecho delictivo para su voluntaria incorporación al proceso penal, ya iniciado, como partes plenamente independientes o autónomas, en paridad de armas con el MF, tanto en el sostenimiento de su pretensión punitiva como en la resarcitoria.

De este concepto, han de extraerse las siguientes **notas configuradoras**:

1) Se hará ofrecimiento de acciones tanto el ofendido como al perjudicado, que suele ser la misma persona. También existen supuestos en los que el ofendido y perjudicado son personas diversas —por ejemplo, el homicidio y el asesinato.

2) El momento inicial oportuno para efectuar el «ofrecimiento de acciones» es la primera declaración ante el Juez de instrucción y el momento final lo es el trámite de calificación del delito.

   Existen otros períodos procesales, dónde también se comunica, a los interesados,su derecho a incorporarse activamente en el proceso (diligencias policiales y petición de sobreseimiento, efectuada por el MF, que provocase, de no incorporarse otra parte acusadora, lainminente conclusión de la causa)

3) Comporta una entrada espontánea a la causa sin necesidad de formular querella.

## 4. EL ATESTADO

El atestado es el **acto escrito** —y excepcionalmente oral— de la Policía Judicial, con valor de denuncia, dónde constan todas y cada una de las diligencias urgentes de prevención.

De este concepto, han de extraerse los **siguientes requisitos**:

1) Primero: es un acto escrito —y tan sólo muy excepcionalmente oral— de la Policía Judicial, en el que **han de constar**, con todo rigor, **las diligencias practicadas**, por sus funcionarios, tras la denuncia, efectuada ante ellos, de un delito público. Habrá será firmado por el que lo haya extendido —y si usare sello lo estampará con su rúbrica en todas las hojas—, así como por las personas presentes, peritos y testigos que hubieren intervenido en las diligencias. Si no lo hicieren, se expresará la razón.

2) Segundo: La **Policía Judicial está obligada a trasladar el atestado al Juez de instrucción o al MF** en el plazo de 24 horas, salvo supuestos de fuerza mayor.

   Podrá conservar el atestado cuando no exista autor conocido del delito, salvo que el Juez de instrucción o el MF se lo soliciten expresamente o concurra alguna de las circunstancias relacionadas en el art. 284.2 LECrim:

   a. 1) Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexualeso de delitos relacionados con la corrupción;

b. 2) Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura delatestado y éstas hayan tenido algún resultad

3) Tercero: **El atestado tiene valor de denuncia**. (LECrim Art.297). Ello comporta que su contenido, por muy esclarecedor que sea, no es una prueba de cargo suficiente para desvirtuar, por sí sola, la presunción de inocencia. Podrá transmutarse, eso sí, en otro probatorio si los funcionarios responsables de su confección, al tiempo de la realización de sus diligencias, prestan posteriormente declaración, como testigos, en la fase de juicio oral.

### 5. LA INICIACIÓN DE OFICIO.

Además de las fórmulas de iniciación del proceso a instancia de parte **el Juez de instrucción** también **puede incoar, de oficio,** este proceso, cuando tenga conocimiento personal, inmediato y directo de un hecho con apariencia delictiva (sorprender *in fraganti*, rumores, creencias o suposiciones, comunicaciones, prensa, radio, televisión y redes sociales)

La LECrim art. 308, establece lo siguiente: *«inmediatamente que los Jueces de instrucciónо de Paz, en su caso, tuvieren noticia de la perpetración de un delito, el Letrado de la Administración de Justicia lo pondrá en conocimiento del Fiscalde la respectiva Audiencia, y dará, además, parte al Presidente de ésta de la formación del sumario, en relación sucinta, suficientemente expresiva del hecho, de sus circunstancias y de su autor, dentro de los dos días siguientesal en que hubieren principiado a instruirle. Los Jueces de Paz darán cuenta inmediata de la prevención de las diligencias al de Instrucción a quien corresponda».*

## III. ACTOS DE IMPUTACIÓN.

Los «actos de imputación» son las **actuaciones procesales, efectuadas** tanto por la parte acusadora —pública, popular o particular— como porel Juez y su personal colaborador —MF y Policía Judicial—, e incluso de terceros, al mismo inicio de la instrucción y durante todo su desarrollo, **tendentes a la fijación**, de un lado, del **objeto litigioso**; y a la **determinación**, así como, de ser posible, a la **identificación,** de otro, de su **presunto autor.**

Actos como la declaración del testigo —obligado a comparecer y a decir la verdad—son suficiente prueba de cargo. La declaración del coinvestigado no será apta para desvirtuar, la presunción de inocencia,

En función del momento en que sædictan **pueden ser** provisionales o definitivos.

Presentan dos particularidades por su capital relevancia:

1. primera, la interrupción de la prescripción —art. 132.2 CP—
2. segunda, el surgimiento del derecho de defensa —art. 118 LECrim

La LECrim se pronuncia de forma diáfana a la hora de impulsar al Jueza trasladar al investigado la imputación delictiva, tan pronto como sea posible *—«La admisión de denuncia o querella, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables»—*.

**Medios de imputación**:

- comunicaciones explícitas, manifiestas y directas —traslado de la denuncia, querella o iniciación de oficio—;
- comunicaciones implícitas, tácitas o derivadas de la adopción judicial de medidas cautelares penales —detención, prisión, libertad provisional— o civiles, todas ellas relacionadas con la

actuación delictiva.
- primera comparecencia del investigado mediante la citación para ser oído,
- resoluciones de imputación judicial: auto de procesamiento del proceso ordinario y auto de incoación del procedimientopenal abreviado.

**Efectos de la imputación**:

- Cambio de denominación del sujeto pasivo del proceso penal, que pasará de «investigado»a «encausado».
- Fijación del objeto y sujeto

## 1. EL AUTO DE PROCESAMIENTO

El auto de procesamiento es la **resolución judicial de imputación,** dictada durante la instrucción del proceso penal ordinario, dónde **se comunica**, formalmente, a una persona física o jurídica determinada, **la atribución de un hecho delictivo concreto**.

→Art. 384.I LECrim, dispone que *«desde que resultare del sumario algún indicio racionalde criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada».*

Contenido mínimo del auto de procesamiento:
- determinación del objeto,
- de los hechos empíricos con relevancia penal
- del sujeto —identificación de su presunto autor
- correlación entre uno y otro

La fijación de este contenido mínimo no impide que ulteriormente puedan adicionarse otros elementos.

## 2. EL AUTO DE TRANSFORMACIÓN DEL PROCESO PENAL ABREVIADO.

Se refiere al **acto judicial de imputación formal del investigado en el procedimiento penal abreviado** (enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración).

A expensas de que el Juez, a lo largo de su desarrollo, puede mantenerlo vigente, o derivarlo al que considere más adecuado: ordinario, procedimiento para el juicio sobre delitos leves, juicio rápido o, incluso, procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

Este auto incorpora las siguientes decisiones judiciales (**Contenido**):
1. la conclusión de la instrucción
2. el inicio de la fase intermedia
3. la audiencia de la parte acusadora, tanto pública, como, de haberla, particular y/o popular, al objeto de que soliciten la apertura —o no— del juicio oral.
4. entrega de las actuaciones a la acusación pública —MF—, así comoal resto de acusaciones que se hubieren personado, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias.

La LECrim exige, como **requisito previo** de este auto de transformación **la previa celebración de una toma de declaración**, por parte del Juez de instrucción, al presunto autor del hecho delictivo,

con la finalidad de ilustrarle dé la imputación delictiva y evitar cualquier tipo de indefensión derivada del desconocimiento de la atribución, a su persona, pues el procedimiento penal abreviado carece, a diferenciadel ordinario, de un acto de imputación como el de procesamiento.

## III. ACTOS DE DEFENSA.

El derecho de defensa es el **derecho de todo investigado a incorporarse alproceso penal**, desde el mismo momento de la atribución del hecho delictivo, así como a **mantenerse en el durante todo su recorrido**, hasta la sentencia, con plena disposición de todas las manifestaciones de alegación, pruebae impugnación, que lo conforman, conjuntamente al resto de derechos que, bajo su amparo, se proyectan para hacer valer su pretensión exculpatoriay la libertad amenazada.

### 1. EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA: COMIENZO Y TÉRMINO.

El surgimiento del derecho de defensa se asocia al momento en que se produce la primera atribución delictiva y concluye con la resolución judicial firme de conclusión del proceso penal.

El derecho de defensa **comprende**:

- **Derecho a examinar las actuaciones** desde el mismo momento en que se produce la atribución delictiva con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a la toma de cualquier declaración.
- La **asistencia letrada** es una obligación constitucional (art. 17.3). Además, la LECrim, en su art. 118.3.II: *«Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para quelo hagan o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o hayade intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».*
- El Abogado, podrá asumir, durante toda la instrucción, tanto las funciones propias de su profesión —asistencia jurídica— como las del Procurador —representación— LECrim, art. 768
- Las **conversaciones y comunicaciones** entre el investigado o encausado ysu Abogado tendrán **carácter confidencial** con una sola excepción (art. 118.4. LECrim: cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación delabogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal)

### 2. RENUNCIA A LA DEFENSA: LA REBELDÍA.

El proceso penal, a diferencia del civil, **no podrá celebrarse en ausencia del acusado**, con una sola excepción: art. 786.1.II LECrim: *«la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente no será causa de suspensión del juicio oral si elJuez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años».*

La **declaración de rebeldía será consecuencia** de haberse efectuado, infructuosamente una **requisitoria** (orden de localización y llamamiento). Segúnel art. 835 LECrim:

- 1º El procesado que al ir a notificársele cualquiera resolución judicial no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado, si se ignorase su paradero; y el que no tuviese domicilio conocido;

- 2º El quesehubiere fugado del establecimiento en que se hallase detenido o preso;
- 3ºEl que, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presenciajudicial el día que le esté señalado o cuando sea llamado.

**La requisitoria** expresará **el término cronológico** dentro del cual el procesado ausente deberá presentarse, bajo apercibimiento de que en otro caso será declarado rebelde y le parará el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la Ley.

**Los efectos de la rebeldía** difieren en función del **momento** en que se produzca su **declaración:**

a) durante la fase investigación permitirá, sencillamente, la continuación del procedimiento hasta su término,

b) al tiempo de iniciarse el juicio oral provocará, irremediablemente, su suspensión y el consecuente archivo de los autos: *«Si la causa estuviere en sumario, se continuará hasta que se declare terminado por el Juez o Tribunal competente, suspendiéndose después su curso y archivándose los autos y las piezas de convicción que pudieren conservarse y no fueren de un tercero irresponsable»* (art. 840 LECrim).

La rebeldía tan sólo desplegará sus efectos respecto de los procesados ausentes y nunca de los presentes. La sobrevenida aparición del procesado rebelde provoca la inmediata reanudación del proceso penal (art. 846 LECrim).

Las **personas jurídicas** investigadas serán llamadas mediante requisitoria en un único caso: cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido. La requisitoria de la persona jurídica se publicará, por así establecerlo el art. 839 bis 3 LECrim, en el «Boletín Oficial del Estado»y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

# Lección 13 LA FASE DE INSTRUCCIÓN

## I. INTRODUCCIÓN.

El proceso penal se divide en dos fases:

- investigación o de instrucción. En función del tipo de proceso al que nos refiramos —«diligencias previas» en el proceso abreviado y «sumario» en el proceso ordinario—
- «juicio oral», «enjuiciamiento» o «plenario».

## II. CONCEPTO, FINALIDAD, FUNCIONES Y CONTENIDO.

La instrucción es la fase iniciática del proceso penal, liderada por el Juez de Instrucción, y destinada o a la preparación del juicio oral (actos de investigación y prueba anticipada o preconstituida.) o a su conclusión provisional o definitiva.

**Funciones fase investigación o instrucción**: art. 299 LECrim: Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

**Funciones nucleares de la fase de investigación**, orientadas hacia un fin común: la preparación del juicio oral:

1. **Averiguación del hecho delictivo** con relevancia penal y las circunstancias moduladoras de su calificación.
2. **Determinación e identificación** y en su caso, localización y llamamiento del presunto autor de ese hecho.

   El cauce para lograr consiste en la celebración de dos tipos de actos:
   - **Actos de investigación** tendentes a lograr la averiguación de tales elementos, objetivo uno: los hechos con apariencia delictiva y subjetivo, el otro: el autor de tales hechos.
   - **Actos de prueba anticipada y /o preconstituida**, que no puedan esperar a la fase de enjuiciamiento resultando precisos para desvirtuar la presunción de inocencia.
3. **Aseguramiento de las personas**.
4. **Aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.**

   El mecanismo procesal para alcanzar es la adopción de
   - las medidas cautelares penales para el aseguramiento de las personas y
   - medidas cautelares civiles para el aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales.

Los **actos de la fase instructora** son cuatro:

1. Actos de investigación.
2. Actos de prueba anticipada Y/o preconstituida.
3. Medidas cautelares penales.
4. Medidas cautelares civiles.
5.

## III. EFECTOS.

1. Surgimiento del derecho de defensa que se asocia al exacto momento en que se comunica al investigado, la atribución delictiva.
2. El comienzo de la litispendencia penal.
3. La prejudicialidad.
4. La prescripción del delito.

**El comienzo** de la instrucción conlleva el automático despertar de **la litispendencia**. Este efecto procesal conlleva que **unos mismos hechos** (de apariencia delictiva) **NO** podrán ser **objeto** de un **segundo procedimiento** cuando estuviere discurriendo otro, anterior en el tiempo. (art. 114.1 LECrim): *"promovido juicio criminal en averiguación de un delito no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal"*.

La LECrim se refiere a la litispendencia de todos los órdenes de nuestra única Jurisdicción, lo que nos lleva a efectuar una **distinción entre la litispendencia penal y la de los restantes órdenes** órdenes jurisdiccionales que enlaza con la prejudicialidad penal.

1. **La Jurisdicción penal es siempre preferente** y esto conlleva a que **cualquier proceso ya entablado**, sea del orden que sea (civil, contencioso-administrativo, laboral) en el que, se vislumbre el menor atisbo fáctico de "presunta comisión de un hecho delictivo" **habrá de suspenderse**, ipso facto, y derivarse al orden penal, a la espera de la conclusión judicial (condenatoria o absolutoria) que en esa sala penal se dictamine. Fallo judicial que constituirá el punto de partida del sentido de las resoluciones que lleguen a dictarse en el resto de procesos que deban ventilarse, en los distintos órdenes, respecto de un objeto afectado por aquella resolución judicial penal previa.

2. **Prejudicialidad penal**, art. 10 de la LOPJ. *"a los solos efectos perjudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca"*

3. **La instrucción penal tendrá como efecto**, cuando verse sobre hechos de apariencia delictiva que tuvieren incidencia directa en la resolución de los conflictos suscitados en procesos de otros órdenes jurisdiccionales, **la suspensión de todos ellos hasta que la Jurisdicción penal emita una resolución**, absolutoria o condenatoria, que constituirá el punto de partida de las resoluciones que pongan término a aquellos procesos

4. La **suspensión de la interrupción**. Los delitos se encuentran sometidos, por el CP, a un distinto plazo de prescripción en función de parámetros muy diversos, amparados en la graduable relevancia del bien jco protegido. **Los plazos del proceso penal son de prescripción y no de caducidad,** serán susceptibles de interrupción ante la realización de actuaciones procesales concretas.

   **La prescripción de los delitos se interrumpirá**, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena.

   El CP establece que se entenderá dirigido el procedimiento **contra una persona determinada**:

- 1.desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.
- 2.la presentación de querella o denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia.

**El comienzo de la fase de investigación** conlleva como **efecto inmediato la interrupción** de la prescripción.

## IV. PLAZOS.

La instrucción penal **debe ser lo más breve posible** porque su **función** es la **de preparar el juicio** oral que permitirá alcanzar o el restablecimiento de la libertad amenazada en la sentencia absolutoria o el acreditamiento de la culpabilidad en la sentencia condenatoria.

La LECrim, tras su reforma en la Ley 2/2020 establece un **plazo de 12 meses para el desarrollo** de la investigación judicial, que será susceptible de **tantas prórrogas como el Juez estime** necesarias, previa resolución motivada. (Art. 324 LECrim).

- Estas prórrogas **se adoptarán mediante auto** donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, y las concretas diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación.
- La denegación de la prórroga se acordará mediante resolución motivada.

La **finalización del plazo de 12 meses no supone la conclusión del sumario**, pudiendo quedar amparadas las actuaciones realizadas fuera de plazo. Para evitar la pérdida de cualquier actuación de investigación o de prueba anticipada y/o preconstituida durante la instrucción por un desfase temporal entre la conclusión de aquel plazo general de doce meses y sus sucesivas y motivadas prórrogas, el art. 324.2 LECrim establece que "***las diligencias de investigación acordadas*** *con* ***anterioridad al transcurso*** *del plazo o de sus prórrogas* ***serán válidas****, aunque se reciban tras la expiración del mismo".*

> Las diligencias **acordadas a partir de la finalización del plazo** o de alguna de sus prórrogas, **sin** que el instructor hubiese dictado la **resolución motivada** o cuando esta **resolución fuera revocada** por vía de recurso, ya **NO serán válidas.**

El Juez de Instrucción concluirá la instrucción desarrollada con la colaboración del MF y de la Policía Judicial, cuando entienda que ha cumplido su finalidad. **Transcurrido el plazo máximo de 12** meses o sus sucesivas prórrogas de seis en seis meses el Juez de Instrucción **dictará auto de conclusión** del sumario en el procedimiento ordinario o auto de conclusión del sumario en el procedimiento abreviado.

## V. PRINCIPIOS.

### 1. JURISDICCIONALIDAD.

La **fase de investigación** se encomienda al **Juez de instrucción**. **Excepción**: el proceso penal de menores, donde es el MF, quién afronta la práctica totalidad de actos de investigación, quedando reservada al Juez de menores, la adopción de medidas limitativas o privativas de derechos fundamentales.

El actual Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye, en su art. 521, la dirección y control de la investigación al Ministerio Fiscal. Si se aprueba será el MF quien tenga encomendada la dirección de la investigación, quedando reservada al Juez la autorización para la adopción de resoluciones que permitan la celebración de esas actuaciones.

Mientras tanto la fase de instrucción de nuestro proceso penal seguirá inspirada en el principio de jurisdiccionalidad, fundamentado en dos ejes

- **objetivo**, la naturaleza jurisdiccional —«juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»— o no de la función propiamente instructor:
    - En función de las sucesivas resoluciones que deban adoptarse – medidas cautelares, actos de investigación, prueba anticipada …
    - O sobre apertura o no de juicio oral, que, en el procedimiento abreviado, corresponde al propio Juez e instrucción.
- **subjetivo**, la imparcialidad, ecuanimidad y neutralidad, que han de caracterizar la labor del instructor.

### 2. OFICIALIDAD.

La fase de instrucción del proceso penal está inspirada por el principio de oficialidad, donde se pueden reconocer tres proyecciones:

- la **dirección del proceso penal** en su fase de investigación debe encomendarse **a un órgano del Estado (ius puniendi)** y no dejarse en manos de instituciones privadas. La razón es el evidente interés social en la persecución estatal del conflicto penal teniendo en cuenta la naturaleza pública del bien jurídico protegido.

- la atribución legal de **amplitud de funciones** que deben derivarse **al órgano encargado** con toda responsabilidad de la investigación penal. Responde a la necesidad descubrir el delito, tanto el objeto —hecho delictivo— como el sujeto —presunto delincuente—, en el momento inmediatamente anterior, para dar paso a su enjuiciamiento

- la amplia **libertad enjuiciadora del Juez instructor**, durante esta fase iniciática del proceso penal, dónde no se ve constreñido, mediatizado ni mínimamente condicionado, en su investigación, por las actuaciones de las partes comprometidas en ese proceso, sean públicas —MF y Policía Judicial—, sean particulares. Se refiere a la amplia capacidad de dirección de este Juez
    - para liderar, ordenar y modular —ampliar o restringir—la investigación
    - liderar las circunstancias objetivas —hechos delictivos—, como subjetivas —presunto/s autor/es— que vayan surgiendo durante su desarrollo

  Este predominio del Juez de instrucción, frente a las restantes partes comprometidas en la fase de instrucción del proceso penal responde a la necesaria ventaja que se ha de atribuir a los órganos de enjuiciamiento

Sin esta posición de ventaja—que le permite liderar la instrucción con amplias facultades estratégicas de dirección, coordinación y decisión—la investigación no pudiese cumplir su finalidad esencial: el descubrimiento del delito, asociado a una persona perfectamente determinada e identificada.

Esta oficialidad incondicionada la encontramos en los **siguientes momentos:**

- el Juez puede iniciar de oficio el proceso penal por delito público —el LAJ lo pondrá en conocimiento del Fiscal para que éste asuma el sostenimiento de la pretensión punititiva: *nemo iudex sine acusatore*—
- el Juez de instrucción puede adoptar toda suerte de actos de investigación y de prueba, anticipada y/o preconstituida orientados a la preparación del juicio oral.

Este principio de oficialidad **no es absoluto**, sino que en ocasiones se verá **restringido** o condicionado por la previa instancia de parte. **Estos límites** se asemejan a los que afectan también al principio acusatorio:

- tan **sólo podrá iniciar el proceso penal por delito perseguible a instancia de parte** —los delitos semipúblicos y privados— cuando la parte lo solicite mediante denuncia o querella, no es posible la «iniciación de oficio»;
- tan **sólo podrá adoptar medidas cautelares** —personales o reales— a instancia de parte acusadora;
- en los casos en que tenga atribuida esta potestad tan **sólo podrá mantener abierto el proceso**, una vez clausurada la fase de investigación si una parte acusadora sostiene la acusación en ese nuevo período procesal.

### 3. CELERIDAD.

La fase de instrucción tiene por **finalidad esencial la «preparación del juicio oral»,** invadiendo derechos fundamentales de los investigados. Esta es la razón por la que se caracteriza a esta fase por su máxima economía, brevedad, en contraste al proceso plenario, dónde se practica la prueba, con plenitud de garantías y asentado en los gloriosos principios de inmediación, contradicción, concentración y publicidad.

Esta fase procesal —de la instrucción— suele ser más dilatada en el tiempo que la del enjuiciamiento, momento dónde se practica la prueba de cargo que permitirá

- desvirtuar la presunción de inocencia mediante una sentencia condenatoria;
- o restablecer la libertad amenazados, con sentencia absolutoria.

El Legislador ha establecido **unos plazos** transcurridos los cuales el **Juez mediante auto motivado** justificará la necesidad de la prórroga, bajo la premisa de concluir dicha instrucción en el período más breve posible.

### 4. SECRETO.

La fase de instrucción del proceso penal se asienta sobre el principio general del secreto de la investigación. (el art. 301 de la LECrim).

Esta reserva general lo es respecto de la sociedad en su conjunto, pero no de las partes procesales, quiénes tienen derecho a conocer cuáles son las actuaciones que se están desarrollando en la investigación:

El proceso penal, en su fase de investigación, está regida por

- la «**publicidad relativa»** —la instrucción será pública única y exclusivamente para las partes procesales implicadas en ese concreto proceso penal—
- **NO por la «publicidad absoluta»** —así lo sería si lo fuese para toda la sociedad—.

Esta «publicidad relativa» puede tener **excepciones** imponiéndose el secreto absoluto respecto de los delitos públicos en dos casos:

1. Cuando el delito sea público, podrá **declarar el secreto total o parcial** del sumario para todas las partes personadas, **a propuesta del MF**, de cualquiera de las **partes personadas o de oficio**, mediante auto, por **tiempo no superior a un mes** cuando resulte necesario, conforme indica el art. 302 II LECrim:

    a. primero, para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona;
    b. segundo, para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

    Este secreto absoluto del sumario deberá alzarse con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

**Los actos de investigación tecnológica** gozan de un **régimen de publicidad específico**, particular y propio.

### 5. ESCRITURA.

El principio de la oralidad (inmediación, contradicción, concentración, publicidad, agilidad, celeridad) cede en favor del principio de la escritura por dos tipos de razones:

- tanto los **escritos iniciáticos del proceso** —la denuncia y la querella—, como los **conclusivos de la instrucción** —autos de imputación— ganan en permanencia, fijeza y seguridad jurídica cuando quedan perfectamente asegurado en el papel y no «en la fugacidad de las palabras vertidas al aire» "*verba volant, scripta manent."*
- los **actos de investigación** tendrán que asegurarse en papel también, por razones de permanencia, fijeza y seguridad jurídica, que, transmutados en actos de prueba anticipada y/o preconstituida, han de entrar a la fase de enjuiciamiento, precisamente, por la vía de la documental.

## VI. CLASES.

La instrucción es idéntica para todos los procesos penales. Se pueden clasificar en función de dos criterios:

**1. OBJETIVO: según el procedimiento adecuado en función de su objeto litigioso**

1. **La fase de instrucción del proceso ordinario se denomina «sumario»** (arts. 259 a 648 LECrim): comienza cuando surge la primera sospecha de la comisión de una actuación delictiva grave con una pena privativa de libertad **superior a** 9 años. Se formalizada por denuncia, querella o iniciación de oficio.

2. **La fase de instrucción del procedimiento abreviado se denomina «diligencias previas»** (art. 774 a 779 de la LECrim): comienza con la primera sospecha de la comisión de una actuación delictiva, con una pena privativa de libertad que **no exceda** de 9 años.

3. **La fase de instrucción de los juicios rápidos se denomina «diligencias urgentes»** (art. 797 a 799 de la LECrim) dirigidas al esclarecimiento de los delitos flagrantes del art. 795.2 LECrim, castigados con pena privativa de libertad que **no superio**r a 5 años, o cualesquiera otras penas cuya duración no exceda de 10 años. Se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona

4. **La fase de instrucción del denominado «procedimiento para el juicio sobre delitos leves»** (arts. 962 a 977 LECrim) «*Cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de delito leve de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias, …».*

5. **La fase de instrucción del procedimiento ante el Tribunal del Jurado se denomina «instrucción complementaria de la Ley del Jurado»**, para la concreción de alguno de los hechos delictivos contemplados en el art. 1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, así como a la determinación de su autor

**2. SUBJETIVO, según quién sea el órgano de persecución penal —Juez, MF o Policía Judicial— que desarrolle la investigación en cada momento.**

1. las diligencias informativas del MF
2. las diligencias judiciales de prevención o primeras diligencias
3. las diligencias policiales de prevención
4. la investigación del MF en el proceso penal de menores;
5. las diligencias de investigación practicadas por los Jueces delegados y comisionados.

## 1. DILIGENCIAS INFORMATIVAS DEL MINISTERIO FISCAL. ART 773.2 LECRIM Y EOMF

Son los actos de investigación realizados, en defecto de proceso judicial pendiente, bajo la dirección del MF, ante la sospecha de comisión de un hecho de apariencia delictiva, del que ha tomado conocimiento directa o indirectamente —por medio de denuncia o atestado— orientadas a concluir, en un plazo máximo de seis meses, bien el archivo de las actuaciones, bien la incoación del correspondiente proceso penal.

**NOTAS:**

1. **Recepción de la información delictiva** por el MF:
   - en primera persona, de forma inmediata, propia y directa —por su evidenciable notoriedad pública—;
   - a través de una denuncia —efectuada por un particular conocedor del ilícito—
   - por un atestado policial. Así se ocupan de establecerlo, tanto la LECrim —en su art. 773.2—:

2. **Soluciones posibles frente a la comunicación delictiva:** Ante la recepción, directa o indirecta, el MF podrá optar

   a) **Archivo**, a adoptar por el MF, cuando, tras unas primeras e incipientes averiguaciones, estime que el hecho carece de la más mínima relevancia delictiva.

   b) **la remisión al Juzgado correspondiente**, cuando el MF estime, tras unas primeras averiguaciones, que el hecho reviste, efectivamente, los caracteres de delito.

   c) **la iniciación de una investigación propia**— cuando en ese incipiente momento —y tras unas primeras averiguaciones— no pueda atestiguar la efectiva apariencia delictiva del hecho, pero

la información recepcionada sea lo suficientemente ilustrativa como para que estime oportuno proseguir en la investigación para decidir a favor o en contra de incoar el proceso penal.

3. **Subordinación de las diligencias informativas a las judiciales.** El MF tan sólo puede afrontar la dirección de estas diligencias informativas cuando no se hubiere incoado el proceso penal. Los actos de investigación estarán siempre condicionados a la ausencia de un proceso penal en curso, no pudiendo solaparse dos tipos de investigaciones frente a unos mismos hechos. Goza de preferencia el órgano público del Estado que tiene encomendada la fase de investigación: el Juez de instrucción.

4. **Facultades del MF en el desarrollo de sus diligencias informativas.** El MF podrá, durante el desarrollo de las diligencias informativas practicadas bajo su dirección, adoptar actos de investigación, excepto

    a) aquellos dónde se vean manifiestamente expuestos los derechos fundamentales de las personas investigadas
    b) aquellos que supongan un juicio jurisdiccional como sucede con las medidas de investigación que requieren previa autorización judicial y con las medidas cautelares

    El MF podrá hacer comparecer ante sí
    - a cualquier persona a fin de recibirle declaración
    - al presunto autor del hecho delictivo, aunque ello precise su detención, que habrá de estar asistido de Letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas.

5. **Principios inspiradores de la actuación del MF.** Habrá de amparar en el marco de esta investigación informativa prejudicial, en los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa. Todas las diligencias que el MF practique gozarán de presunción de autenticidad (art. 5. 2. III EOMF).

6. **Plazo.** La duración habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin exceder de **seis meses**, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del fiscal general del Estado. Las diligencias de investigación en relación con los delitos de especial transcendencia tendrán una duración máxima de **doce meses** salvo prórroga.

7. **Conclusión y valor procesal.** EL MF habrá de adoptar alguna de estas dos soluciones:

    a) el archivo ante la conclusión investigadora infructuosa de la investigación;
    b) la derivación al Juez de instrucción que corresponda para la incoación del oportuno proceso penal.

Las diligencias informativas del MF **gozarán del valor de denuncia o querella**, actos de iniciación del proceso penal. Una vez verificada, por el MF, la efectiva conveniencia de la judicialización del hecho delictivo, le corresponderá sostener la oportuna pretensión punitiva, en su calidad de parte acusadora

La cualidad de parte acusadora que ostenta **imposibilita** que pueda generar actos de prueba anticipada y/o preconstituida en las que pueda fundarse una sentencia de condena.

## 2. DILIGENCIAS JUDICIALES DE PREVENCIÓN.

Son los **actos de investigación** que pueden realizar, con carácter urgente, y durante un plazo máximo de tres días, los Jueces incompetentes, ante la puesta en su conocimiento de un hecho con apariencia delictiva.

Cualquier persona que desee poner en conocimiento de algún órgano público del Estado la posible comisión de un hecho delictivo podrá hacerlo a través de una denuncia o una querella. El particular afectado no habrá de hacerlo, forzosamente, ante el Juez de instrucción competente, bajo sanción de inadmisión. La querella interpuesta ante el Juez incompetente gozará del valor de denuncia.

**Se prioriza** por tanto la **investigación material frente a la formal**, mediante la gestión de los delitos, en el tiempo cronológico más inmediato y en el espacio geográfico más próximo para adoptar las primeras diligencias urgentes. La LECrim permite que el Juez de instrucción que conozca de esos delitos practique las primeras diligencias urgentes y remitir la causa en el plazo máximo de tres días al Juez de instrucción competente.

Las primeras diligencias **son:**

- la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer
- la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente
- la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito;
- la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas.

## 3. DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCIÓN ART 126 CE Y 282 LEC.

Son las realizadas por la Policía Judicial, a su propia instancia, cuando, ante el repentino conocimiento de un hecho delictivo concreto, sus funcionarios deban desplazarse al lugar de los hechos, con el firme propósito de alcanzar los tres tipos de objetivos siguientes:

- la averiguación del delito
- el descubrimiento y aseguración del delincuente
- la protección de la víctima.

La Policía Judicial tiene por objeto:

1. **la averiguación los delitos públicos y de los semipúblicos** que se cometieren en su territorio o demarcación.

2. **la práctica de las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes,** y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

3. **el cumplimiento con los deberes de información** respecto de las víctimas, cuando éstas entren en contacto con la Policía Judicial.
    - llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas

**Art 770 LEC** establece que «la Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias:

1ª Requerirá la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario para prestar, si fuere necesario, los oportunos auxilios al ofendido. El requerido que no atienda sin justa causa el requerimiento será sancionado con una multa de 500 a 5.000 euros…

2ª Acompañará al acta de constancia fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho …

3ª Recogerá y custodiará los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.

4ª Si se hubiere producido la muerte de alguna persona y el cadáver se hallare en la vía pública…lo trasladará al lugar próximo que resulte más idóneo dentro de las circunstancias, restableciendo el servicio interrumpido y dando cuenta de inmediato a la autoridad judicial ….

5ª Tomará los datos personales y dirección de las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el hecho, así como cualquier otro dato que ayude a su identificación y localización …

6ª Intervendrá, de resultar procedente, el vehículo y retendrá el permiso de circulación del mismo y el permiso de conducir de la persona a la que se impute el hecho».

Todas las diligencias realizadas por la Policía Judicial serán recogidas en el atestado.

# Lección 14 LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN (I): LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVAMENTE RESTRICTIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

## I. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN: CONCEPTO, FINALIDAD Y CLASIFICACIÓN.

Los actos de investigación, denominados «actos instructorios» o «diligencias sumariales», son los actos de averiguación del hecho punible y de su presunto autor, liderados por el Juez de instrucción, durante la fase de instrucción del proceso penal, orientados, bien al archivo, bien a la preparación del juicio oral.

**NOTAS:**

1. Son siempre **actuaciones dirigidas al descubrimiento del hecho ilícito** y a la **determinación e identificación de su presunto autor,** función que las distingue de las medidas cautelares, que se destinan al aseguramiento de las personas (medidas cautelares personales), y de los bienes (medidas cautelares reales) con el objeto de que ni unas ni otros se pierdan durante el curso temporal del proceso.
2. **Se desarrollan** siempre durante **la fase de instrucción de los procesos penales** (sumario del proceso ordinario, diligencias previas del procedimiento abreviado, diligencias urgentes de los juicios rápidos, "instrucción complementaria" del proceso ante el Tribunal del Jurado, etc.), y **NUNCA** durante la **fase de enjuiciamiento**, lo que los distingue de los actos de prueba, practicados siempre durante la fase de enjuiciamiento, a excepción de la prueba anticipada y/o preconstituida.
3. **Se practican por** parte de todos los **órganos públicos del Estado** (Juez de instrucción, MF y Policía Judicial) tanto de **oficio como a instancia de parte**
    - todos ellos bajo la dirección del juez de instrucción,
    - **excepto** en el proceso penal de menores, donde la fase de investigación se encomienda al MF.
4. Se orientan a **dos fines**:
    - bien **al archivo** (provisional o definitivo) del proceso penal
        - El **archivo definitivo** tendrá lugar cuando los actos de investigación evidencien sin ningún género de duda que los hechos no revisten caracteres de delito, o que no es posible asociarlos al presunto autor.
        - El **archivo provisional** tendrá lugar no permita inferir por el momento la calificación penal del hecho y/o su atribución a una persona determinada, pero quepa la posibilidad de esclarecerse con el paso del tiempo.
    - bien a la **preparación del juicio oral.**
5. **La finalidad esencial** de los actos de investigación es la fructífera **preparación del juicio oral**, por lo que los actos de investigación están dirigidos a fijar el objeto litigioso y los sujetos en conflicto, que podrán operar durante la fase de enjuiciamiento, pero no generar fuentes de prueba, excepto la anticipada o preconstituida; frente a los actos de prueba, dirigidos a fundar una sentencia, condenatoria o absolutoria.

**DIFERENCIAS ACTOS DE INVESTIGACION – ACTOS DE PRUEBA**

- Se refiere al **momento procesal oportuno**.
    a. Los actos de **investigación** se desarrollan siempre y en todo caso en la fase de instrucción,
    b. los actos de **prueba** se practican en la fase de juicio oral, a **excepción** de la prueba anticipada y/o preconstituida.
- Se refiere **al objeto y los sujetos**:
    a. Los actos de **investigación** se dirigen frente a cualquier actuación con apariencia delictiva y frente a cualquier presunto delincuente, yendo encaminados al descubrimiento de los hechos punibles con su verdadero alcance penal (atenuantes y agravantes), y de los posibles sujetos relacionados con ellos de cualquier forma (autores, cómplices, encubridores)
    b. Los actos de **prueba** se encuentran dirigidos frente a uno o varios sujetos conocidos, determinados e identificados y por unos hechos prefijados, sin que sea posible durante el período de enjuiciamiento dirigir pruebas frente a nuevos sujetos no contemplados en el auto de procesamiento, ni por hechos distintos a los delimitados en dicho auto.
- Se refiere a **la finalidad**,
    a. La finalidad de los actos de **investigación** está orientada, bien a la consecución (provisional o definitiva) del proceso penal, bien a la preparación de la siguiente fase procesal (el juicio oral);
    b. La finalidad de los actos de **prueba** se orienta a lograr el convencimiento del juez respecto de la culpabilidad o inocencia con base en dichas pruebas celebradas bajo su presencia y bajo los principios e inmediación, contradicción, concentración y publicidad.

Los actos de investigación **se clasifican** conforme a su distinto grado de afectación en los derechos fundamentales, en dos modalidades:

1. **Actos de investigación relativa,** matizada o mínimamente lesiva de los derechos fundamentales;
2. **Actos de investigación gravemente restrictivos** de los derechos fundamentales, generalmente los contenidos en los arts. 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen), 18.2 (derecho a la inviolabilidad del domicilio), y 18.3 (derecho al secreto de las comunicaciones) de la CE, que a su vez se pueden distinguir entre los que operan en sede física (intervenciones e inspecciones corporales, entrada y registro), y los que operan en sede electrónica (medidas de investigación tecnológica).

## II. LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO.

Es un acto de investigación bidireccional por cuanto tiene una proyección tanto investigadora como defensiva, y servirá, de un lado, para poner en conocimiento del Juez, MF y de las demás partes acusadoras, la versión sobre los hechos delictivos; y de otro, para que el mismo investigado pueda defenderse frente a la sospecha delictiva.

Tiene una protección reforzada, dado que el art. 24.2CE establece el derecho de los investigados a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables.

**LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO** es uno de los **primeros actos** de deben desarrollarse cronológicamente en el proceso penal, pues no podría defenderse quien desconoce las causas de su concreta investigación, por lo que es necesario comunicarle al investigado las causas en la primera

comunicación. La declaración del investigado se hará dentro del término de 24 horas (prorrogable por otras 48 si media causa grave, ex. Art. 386 LECrim) cuando el investigado se encuentre detenido. El detenido investigado tiene derecho a entrevistarse reservadamente antes de que se le reciba declaración por la policía, el Fiscal o el Juez (art. 520.6.d LECrim).

En la **primera comparecencia** el Juez informará al investigado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan.

- Previamente, el LAJ le informará de sus derechos comprendidos en art.118 LECrim
- Se le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones.
- Se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, antes y después de prestar declaración.
- Ha de practicarse con inmediatez,

El investigado tendrá **el derecho a declarar** cuántas veces estime oportuno, bien por iniciativa propia (art. 400 LECrim), bien a instancia de parte o incluso de oficio por el propio Juez de instrucción (art. 385 LECrim).

**En la primera declaración**, el investigado será preguntado respecto de los datos más ilustrativos de su persona: su nombre, apellidos paterno y materno, apodo, si lo tuviere, edad, naturaleza, vecindad, estado, profesión, arte, oficio o modo de vivir, si tiene hijos, si fue procesado anteriormente, por qué delito, ante qué Juez o Tribunal, qué pena se le impuso, si la cumplió, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo por que se le ha procesado.

**Las preguntas que se formulen**, tanto en la primera como en las sucesivas declaraciones del investigado, se regirán por los siguientes **parámetros**:

1. Estarán exclusivamente dirigidas a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del investigado, así como, en su caso, de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos.
2. Serán directas, sin que, en modo alguno, puedan formularse de un modo equívoco, capcioso o sugestivo.
3. Serán propuestas con plena libertad, sin que, pueda emplearse, sobre el investigado, método o género alguno de temor, coacción o amenaza.

La **declaración** del investigado se rige, de principio a fin, por **el principio de la oralidad**, de modo que sus respuestas serán lanzadas al aire. Esto no impide que puedan trasladarlas al papel o, incluso valerse de escritos que lleven preparados para afrontar a las preguntas que, previsiblemente, deben dar respuesta en este momento. Las relaciones que hagan los procesados o respuestas que den serán orales. El Juez de instrucción, teniendo siempre en cuenta las circunstancias de aquéllos y la naturaleza de la causa, podrá permitirles que redacten en su presencia una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, o que también consulten a su presencia apuntes o notas (art. 390 LECrim).

**En caso de una persona jurídica,** la declaración será asumida por el **representante** especialmente designado por ella, **asistido de su Abogado**, e irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto respecto de la

declaración de las personas físicas, en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

- **La incomparecencia de la persona designada** por la persona jurídica para su representación determinará, sin embargo, que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar (art. 409 bis LECrim).

Finalmente, **en caso de confesión** (entendida como reconocimiento expreso de los hechos constitutivos de la pretensión punitiva) **no dispensará al Juez de instrucción** de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. La LECrim (art.406) establece que el Juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieren conocimiento del hecho.

## III. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.

El **LAJ instruirá al ofendido o perjudicado por el hecho delictivo** de los derechos que le asisten, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella.

En el acto de declaración, ante el Juez, el LAJ instruirá (al ofendido mayor de edad y con plena capacidad procesal o a quién deba asistirle si estuviere provisto de apoyos por causa minoría de edad o de discapacidad) del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible.

**Los testigos** que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril, en adelante LEV), tengan la **condición de víctimas del delito**, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que, en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma.

Las **declaraciones de las víctimas menores de edad** o provistas de **apoyos especiales** por causa de discapacidad gozarán, cuando el Juez de Instrucción lo considere oportuno (para evitar causarles graves perjuicios), de un régimen propio, consistente, en que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con asistencia del MF. Con esta finalidad, según se indica el art. 433 III LECrim, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El art. 21 LEV establece una serie de **REQUISITOS QUE REGIRÁN LA DECLARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS**:

1. Cuando resulte necesaria, ha de **efectuarse sin dilaciones** injustificadas.
2. Ha de realizarse el **menor número de veces posible**, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.
3. Las víctimas puedan **estar acompañadas** por **su representante** procesal y en su caso el representante legal, y/o por una **persona de su elección**, durante la práctica de aquellas

diligencias en las que deban intervenir, SALVO que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar su correcto desarrollo.

4. Los **reconocimientos médicos** de las víctimas solamente se lleven a cabo **cuando resulten imprescindibles** para los fines del proceso penal, y ha de reducirse al mínimo indispensable.
5. Habrá de **evitarse cualquier tipo de contacto sensitivo** (ni siquiera visual) entre la víctima y sus familiares, respecto del sospechoso, investigado y/o acusado.

Finalmente, la LECrim (**art. 416.1)**, **dispensa de la obligación de declarar**, a los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.

## IV. LA DECLARACIÓN TESTIFICAL.

Corresponde a **quiénes hubieren tenido conocimiento inmediato** (testigos directos) o mediato (por mediación de otro: testigos indirectos o «de referencia») **del hecho delictivo**.

El Juez de instrucción podrá instaurar, desde el mismo comienzo del proceso, esta declaración testifical, **mediante el llamamiento forma**l a quiénes hubieren tomado conocimiento del hecho delictivo, quiénes tendrán la obligación de comparecer y declarar, siempre que residan en territorio español, (sean nacionales o extranjeros) y no estén impedidos.

No obstante, según el art. 411 LECrim, **ESTÁN EXENTOS DEL DEBER DE DECLARAR**:

1. El Rey, la Reina, sus consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino. También estarán exentas de acudir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, las demás personas de la Familia Real, quiénes podrán hacerlo por escrito.
2. Los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados.

Además, según el art. 412 LECrim, **están exentos de concurrir al llamamiento** del Juez, pero **no de declarar**, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo:

- ✓ 1º El presidente y los demás miembros del Gobierno.
- ✓ 2º Los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado.
- ✓ 3º El presidente del Tribunal Constitucional.
- ✓ 4º El presidente del Consejo General del Poder Judicial
- ✓ 5º El fiscal general del Estado.
- ✓ 6º Los presidentes de las Comunidades Autónomas.

Estarán **exentos también de concurrir al llamamiento del Juez**, **pero NO de declarar,** pudiendo hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros, según el art. 412.5 LECrim las siguientes personas:

- ✓ 1º Los Diputados o Senadores.

- ✓ 2º Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial.
- ✓ 3º Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.
- ✓ 4º El Defensor del Pueblo.
- ✓ 5º Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración.
- ✓ 6º Los presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
- ✓ 7º El presidente y los consejeros Permanentes del Consejo de Estado.
- ✓ 8º El presidente y los consejeros del Tribunal de Cuentas.
- ✓ 9º Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.
- ✓ 10º Los secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los delegados de Hacienda.

Están **DISPENSADOS de la obligación de declarar**, según el art. 416 LECrim, las siguientes personas:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se encuentre en alguno de los casos anteriores que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el LAJ consignará la contestación que diere a esta advertencia.
2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.
3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el investigado, procesado o acusado, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

Finalmente, **NO PODRÁN SER OBLIGADOS a declarar como testigos**, según el art. 417 de la LECrim, las siguientes personas:

1. Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.
2. Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida.
3. Las personas provistas judicialmente de apoyo por causa de discapacidad.

**LA FALTA de concurrencia del testigo**, al primer llamamiento judicial, con las excepciones indicadas; o, su injustificada resistencia a declarar lo que sepa acerca de los hechos sobre sea preguntado, **conllevará la imposición de una multa**, y si este testigo en cuestión **persistiere** en su resistencia **será, conducido**,

1. en el primer caso (falta de concurrencia) a la presencia del Juez instructor **por los agentes de la autoridad**, y **perseguido por el delito de obstrucción a la justicia** tipificado en el art. 463.1 CP;

2. y en el segundo caso (injustificada resistencia a declarar), **perseguido** por el delito de **desobediencia grave a la autoridad**.

**PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR**

1. Los testigos **mayores de edad penal** prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal (art. 433 II LECrim).

2. Las declaraciones de **los testigos menores de edad o provistas de apoyos especiales** por causa de discapacidad gozarán, cuando el Juez de Instrucción lo considere oportuno (para evitar causarles graves perjuicios), de un régimen propio, consistente en que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con asistencia del MF. Con esta finalidad, según se indica el art. 433 III LECrim, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima.

3. Los testigos declararán **por separado y de forma secreta**, siempre en presencia del Juez instructor y del LAJ. En su declaración, se seguirá un orden temático escalonado: así, el testigo manifestará, en primer lugar, su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso.

    a. Si el testigo fuera un **miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad** en el ejercicio de sus funciones, entonces será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito.

4. Los testigos declararán **de viva voz**, sin que les sea permitido leer declaración ni respuesta alguna que lleven previamente preparada por escrito, pudiendo, sin embargo, consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar.

    a. El Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios.

    b. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos, que no podrán ser capciosas ni sugestivas.

    c. Tampoco podrá emplearse coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligar o inducir, al testigo, a declarar en determinado sentido.

5. Si el testigo **no entendiere o no hablare español**, se **nombrará un intérprete**, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo, en cuyo caso la declaración deberá consignarse en el proceso en el idioma empleado por el testigo y traducido al español.

Terminada la declaración, **el LAJ** hará saber al testigo la obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, así como la de poner en conocimiento de la Oficina judicial los cambios de domicilio que hiciere hasta ser citado para el juicio oral.

## V. EL CAREO.

El «careo» (cara a cara) es un **acto de investigación, decretado por el Juez de instrucción**, **cuando la versión ofrecida** por los distintos investigados, entre sí; por los distintos testigos, también entre sí; o, finalmente, por los investigados y testigos, de nuevo entre sí, **arroje discordancias, incoherencias o contradicciones**, **respecto del hecho delictivo** y su presunto autor, dignas de esclarecimiento. El art. 451 LECrim establece que esta diligencia deba tener lugar, por regla general, entre dos personas a la vez (no más).

Se trata de un **acto excepcional**, dada la agresividad que puede despertar entre los intervinientes, por lo que el art. 455.1 LECrim dispone que «no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados». **No se practicarán careos**, en todo caso, **con testigos que sean menores de edad** salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

El LAJ hará constar a los procesados o testigos entre quienes tenga lugar el acto, así como las declaraciones que hubiesen prestado. Además, les recordará su juramento y las penas de falso testimonio, antes de formular las preguntas, respecto de las versiones disonantes, para verificar si se ratifican en ellas o, por el contrario, presentan alguna variación. El Juez no permitirá que los careados se insulten o amenacen. Después de conocer las versiones (ratificadas o moduladas) de los careados, el Juez manifestará las contradicciones que resulten de dichas declaraciones, e invitará a los careados para que se pongan de acuerdo entre sí.

## VI. EL INFORME PERICIAL.

Se considera la prueba reina del proceso penal, por su grado de fiabilidad y probabilidad de acierto (sobre todo cuando se relaciona con medios técnicos, entre otros, los estudios de balística, dactiloscopia o determinación del perfil de ADN), es muy superior a otras sustentadas en la memoria y ánimo de quién presenció o soportó en primera persona el hecho delictivo.

**Lo solicita el Juez** a expertos de variadas profesiones, quiénes habrán de ilustrar con sus conocimientos científicos, artísticos o técnicos, tanto a las partes procesadas como al Juez, acerca de entremos relevantes relacionados con el hecho delictivo y su presunto autor.

Una vez **realizada la designación** de los peritos y efectuado el llamamiento, éstos **habrán de concurrir** (art. 462 LECrim), y **percibirán los honorarios** que les correspondan, salvo que prestasen sus servicios en las Administraciones públicas, en este caso, en la Administración de Justicia.

Si el reconocimiento e informe periciales pudieren tener lugar de nuevo en el juicio oral, los peritos nombrados no podrán ser recusados por las partes. Ahora bien, si este peritaje no pudiere reproducirse, por la causa que fuere, en el juicio oral, las partes (tanto acusadora como investigada) podrán formular una recusación por alguna de las causas contempladas en el art. 468 LECrim (parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo; interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante; amistad íntima o la enemistad manifiesta) y nombrar un perito, a su costa, que intervenga en el acto pericial (arts. 471 a 473 LECrim), así como presenciar (tanto el acusador como el investigado, con su respectiva representación) el acto pericial.

Antes de comenzar el procedimiento pericial, **todos los peritos** (los nombrados por el Juez o por las partes), **prestarán juramento de proceder con fidelidad** en sus operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir la verdad.

**El informe pericial SE CEÑIRÁ**, en la medida de lo posible, al art. 478 LECrim:

1. La descripción de la persona o la cosa que sea objeto del peritaje en el estado o del modo en que se encuentre. El LAJ extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes.
2. La relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, también extendida y autorizada por el LAJ, conforme a las anteriores formalidades
3. Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte,

Si los **peritos estuviesen discordes y su número fuere par**, el Juez nombrará un tercer perito y con la intervención del nuevamente nombrado.

- Se repetirán, si fuere posible, las operaciones que hubiesen practicado aquéllos, y se ejecutarán las demás que parecieren oportunas.
- Si no fuere posible la repetición de las operaciones ni la práctica de otras nuevas, la intervención del perito últimamente nombrado se limitará a deliberar con los demás, con vista de las diligencias de reconocimiento practicadas, y a formular luego con quien estuviere conforme, o separadamente si no lo estuviese con ninguno, sus conclusiones motivadas (art. 484 LECrim).

Los peritos **comparecerán, ante el Juez**, para exponer sus conclusiones. En este momento, el Juez podrá, por su propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, respecto de estas conclusiones, las preguntas que estime pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias. Las **contestaciones de los peritos** se considerarán como parte de su informe.

## VII. LA INSPECCIÓN OCULAR.

Constituye, junto con la declaración del investigado, una de las **primeras diligencias de investigación que debe efectuar**, cronológicamente, el Juez de instrucción y consiste en la **recogida y conservación de los vestigios o pruebas materiales del delito**, así como en **su inspección directa en el lugar y estado en que se encontrasen.**

El art. 326 de la LECrim se refiere a este acto de investigación del siguiente modo: «cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. A este fin, hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa».

**La celeridad es una garantía esencial** de la correcta recogida, en tiempo real, y conservación, en condiciones óptimas, de los vestigios. Por ello, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará, con toda

celeridad, a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de las huellas o vestigios se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad.

Normalmente este acto de investigación **se realiza en ausencia del investigado**, pues es muy probable que todavía se desconozca la persona a quién pueda, presuntamente, atribuirse la comisión delictiva. Si ya hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, entonces, podrá presenciar este acto de investigación, sola o asistida del defensor que elija o que tenga de oficio.

## VIII. LA DETERMINACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL INVESTIGADO.

Los delincuentes suelen aprovechar la clandestinidad, la opacidad y la privacidad para perpetrar sus delitos. De ahí que, para el buen fin de la investigación, deban algunos de los derechos fundamentales de los investigados: la libertad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio; incluso, la integridad física y/o moral.

Así, pues, con muy pocas excepciones, **el proceso penal se instaura sin autor conocido,** a **excepción** de los **delitos cometidos *in fraganti*,** dada la facilidad en esos casos de efectuar tanto la detención como la identificación exacta en tiempo real. Normalmente, el proceso penal comienza con una mera sospecha sobre alguien todavía indeterminado. De ahí que se establezcan dos tipos de actos de investigación, cronológicamente consecutivos:

- uno primero, de determinación (de entre una pluralidad de sujetos, de cuál sea, en efecto, el presunto autor, mediante técnicas como el reconocimiento fotográfico o el propio reconocimiento en rueda);
- otro, después, de identificación, dónde ya se aspira a lograr, de cara a su posterior imputación, la individualización de dicho investigado: nombre, edad, filiación, antecedentes, etc.

**La determinación consiste**, en la selección de un sujeto, de entre varios posibles, como probable autor del hecho delictivo. Para lograr esta determinación y sin perjuicio de la utilización, cuando sea posible, de avanzadas técnicas de investigación (cuya probabilidad de acierto es mayúscula) como el análisis de restos orgánicos, descubiertos en el lugar delictivo o en la persona de la víctima; pueden ensayarse, al mismo inicio del proceso penal, dos tipos de mecanismos orientados a este fin: el reconocimiento fotográfico y el reconocimiento en rueda.

**El reconocimiento fotográfico CARECE de respaldo legal**, pero constituye un acto de investigación policial típico de muestra de fotografías reales o, incluso, con reconstrucción física en una especie de «retrato robot», al objeto de su primera determinación. Responderá a parámetros tales como la proximidad del sujeto reflejado en la fotografía con la víctima, el modus operandi de su actuación, el concreto tipo delictivo cometido o, incluso, la eventual reincidencia delictiva.

**El reconocimiento en rueda comporta la muestra real**, para su visualización, ante quiénes hubieren presenciado el hecho delictivo (víctimas y/o testigos) **de una serie de personas con rasgos físicos similares**, al objeto de la determinación, con el mayor grado de precisión posible, de cuál de ellas le parece, a cada identificador, que sea el presunto autor de dicho hecho delictivo. Este reconocimiento

resulta mucho más preciso que el fotográfico, gracias al examen visual directo (y no mediado por un papel), pero se enfrenta a otra serie de peligros:

- el cambio físico (voluntario o involuntario, por algún acontecimiento esporádico o, incluso, por el mero transcurso del tiempo) de la persona investigada
- la posible coacción o presión de los sujetos sometidos a este reconocimiento, frente a sus identificadores.

El **reconocimiento en rueda** debe estar siempre **SUJETO A LAS GARANTÍAS** legalmente establecidas, que son:

1. El reconocimiento en rueda se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión con otras de circunstancias exteriores semejantes.
2. El Juez decidirá, según le parezca más conveniente, si el reconocimiento se efectúa en presencia de todas las personas, o desde un punto en que el identificador no pudiere ser visto. En todo caso, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, designándola, en caso afirmativo, clara, decidida y determinadamente (art. 369 LECrim).
3. Cuando fueren varios los que hubieren de reconocer a una persona, la diligencia deberá practicarse separadamente con cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento (art. 370 LECrim).
4. Cuando el investigado susceptible de reconocimiento en rueda estuviere detenido o preso, se prevé, en el art. 371 LECrim, que los responsables de esa detención y/o internamiento tomen las precauciones necesarias para que ese investigado no haga en su persona o ropa alteración alguna que pueda dificultar su reconocimiento por quien corresponda.
5. Finalmente, el investigado sometido a esta diligencia de reconocimiento habrá de estar asistido, en todo momento, por su Abogado, quién podrá solicitar, conforme indica el art. 520.6.b LECrim, al Juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

## IX. LA VIDEOVIGILANCIA.

Constituye un **acto de investigación policial**, regulado en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que **se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos** (LOV), de gran fiabilidad, merced al cual se puede visionar, al mismo inicio de la investigación, la imagen y el sonido de la propia actuación delictiva. El art. 588 *quiquies* LECrim reconoce expresamente que «la Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos». Permite también que esta medida de investigación se pueda llevar a cabo incluso cuando afecte a personas diferentes del investigado, con el fin de maximizar la utilidad de la vigilancia.

La LOV **AUTORIZA**, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la utilización de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de

contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos e infracciones relacionados con la seguridad pública.

- ✓ **NO CONTEMPLA** la posibilidad de que se puedan tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada, por lo que las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.

Una vez realizada la filmación en los referidos lugares públicos, abiertos o cerrados, de conformidad con los requisitos establecidos en la LOV, si esta hubiera captado la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta original de las imágenes y sonidos a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, por exigencia del art. 7.1 de la propia LOV, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación.

- ✓ De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al MF, con la entrega de la grabación, lo que permite incoar, ipso facto, la primera fase, de investigación, del proceso penal.

Las grabaciones **SERÁN DESTRUIDAS en el plazo máximo de un mes desde su captación**, salvo que estén relacionadas con una investigación policial en curso o con un procedimiento penal ya abierto. La LECrim no se pronuncia acerca del valor procesal que debe conferirse a tales grabaciones, pero al hecho se le atribuye el valor de prueba preconstituida, susceptible de ser reproducida con la debida inmediación, contradicción y publicidad en el juicio oral.

## X. EL CONFIDENTE, EL ARREPENTIDO Y EL AGENTE ENCUBIERTO.

Los métodos clásicos de investigación han resultado insuficientes a la hora de afrontar las novedosas, sofisticadas y cambiantes formas de delincuencia nacional y transnacional, tanto en sede física como electrónica, de la criminalidad organizada. Tanto la figura del confidente como el arrepentido y el agente encubierto se encuentran aún en fase de consolidación, con distintos grados de aceptación doctrinal, legal y jurisprudencial.

1. En primer lugar, **EL CONFIDENTE** se refiere a una persona (generalmente delincuente, bien en su consideración individual o perteneciente a alguna organización criminal) que ilustra, a la Policía, acerca de unos hechos delictivos, respecto de los que no tuvo participación, con la finalidad de obtener alguna ventaja o recompensa en su propia actividad criminal. La dificultad de asumir esta participación del confidente impide que pueda otorgársele carta de naturaleza, por lo que sus «chivatazos» pueden servir para iniciar una investigación criminal o para afianzar una estrategia policial, pero no para fundar un acto de investigación, ni menos otro de prueba.
2. Por otra parte, **EL ARREPENTIDO** se refiere a una persona (también delincuente, que integra, esta vez, una organización o asociación relacionada con el tráfico de drogas, ex art. 376 CP; o bien otra organización, grupo o elemento terrorista, ex art. 579 bis 3 CP) que se arrepiente de esta participación en las organizaciones y ofrece información, una vez abandonada la actividad delictiva, a cambio de una reducción de la condena. El Tribunal será quién decida, en tales casos de tráfico de drogas y de bandas terroristas (y nunca en otros) cuando debe reducir la condena y cuando no, así como en qué graduación, a este delincuente arrepentido.

3. Por último**, EL AGENTE ENCUBIERTO (FÍSICO O INFORMÁTICO)** es siempre un miembro de la Policía Judicial que se infiltra, presencial o digitalmente, bajo un perfil falso, en una organización criminal con la finalidad de obtener información acerca, tanto de los miembros que la integran, como de las actividades que desarrollan.

   - ✓ Esta invasiva medida de investigación precisa, **autorización judicial previa y expresa**. La resolución por la que se acuerde esta medida deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. Las **únicas personas autorizadas** para erigirse en agentes encubiertos o infiltrados son los funcionarios de la Policía Judicial que afrontarán cuando, de forma libre y voluntaria, se hubieren postulado para ello.
   - ✓ En tales casos, el **Ministerio del Interior** les otorgará una identidad supuesta, por el plazo estipulado de **seis meses prorrogables** por períodos de igual duración quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.
   - ✓ Sólo podrá **operar respecto de la delincuencia organizada**, entendiendo por tal la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes contemplados en el art. 282 bis 4 LECrim, que son los siguientes: delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante; delitos de secuestro de personas; delitos de trata de seres humanos; delitos relativos a la prostitución; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada; delitos de tráfico de material nuclear y radiactivo; delitos contra la salud pública; delitos de falsificación de moneda y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; delitos de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; delitos de terrorismo; y, al fin, delitos contra el patrimonio histórico.

**El agente encubierto o infiltrado está autorizado**, siempre en el ejercicio de su función policial, para **llevar a cabo**, dentro de la organización criminal, **las siguientes actividades**:

- adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir su incautación (art. 282 bis 1 LECrim);
- realizar actividades dirigidas a la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio (art. 282 bis 7 LECrim), para lo que el agente encubierto precisará de autorización judicial previa y expresa.
- El agente encubierto deberá poner la información que vaya obteniendo en conocimiento de quien autorizó la investigación a la mayor brevedad posible. Y esta información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

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

Finalmente, **el agente encubierto informático**, que será un **funcionario de la Policía Judicial**, autorizado por el Juez de instrucción, para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer

- ✓ tanto alguno de los delitos ya referidos para el agente encubierto físico,
- ✓ como los delitos propiamente informáticos, esto es, los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos, con la finalidad de «hacerse pasar» por uno de los delincuentes integrados en la red,

## XI. LA CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE DROGA Y OTROS EFECTOS.

Constituye un **acto de investigación policial regulado tras la denuncia**, por ser una causa de dispensa de la obligación de denunciar, orientada al seguimiento de los delitos referidos, mediante la controlada permisividad de la circulación y entrega, sin interceptación para tratar de alcanzar el descubrimiento, enjuiciamiento y desmantelamiento de toda la cadena delictiva (de principio a fin) de este tipo de delincuencia.

Se entenderá por **circulación o entrega vigilada** la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

La **AUTORIZACIÓN corresponde al Juez de Instrucción competente y al MF**, así como a los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores. Deberá **acordarse**, dada su gravedad, por **resolución fundada,** en la que se determine explícitamente el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Para adoptar esta medida **se tendrá en cuenta**,

- ✓ su necesidad, así como su idoneidad y proporcionalidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia;
- ✓ el Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

El **contenido de esta diligencia de investigación** no se circunscribe a la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas; sino que **abarca** a la de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales tipificados en el Código Penal.

# Lección 15 LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN (II): LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO FÍSICO

## I. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO FÍSICO.

El esclarecimiento de los hechos, la revelación del delito y la determinación de la autoría del mismo dentro del proceso penal pueden precisar de una serie de actos de investigación que potencialmente afecten a los siguientes derechos fundamentales:

- 15 CE: derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes;
- 18.1 CE: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen;
- 18.2 CE: el derecho a la inviolabilidad del domicilio; y
- 18.3 CE: el derecho al secreto de las comunicaciones.

## II. INSPECCIONES E INTERVENCIONES CORPORALES.

Son **actos de investigación practicados por profesionales** de diferentes ramas del conocimiento científico o técnico, **orientados** al **esclarecimiento de los hechos** y a la individualización y **localización de su presunto autor**. Tienen la característica común de la inmisión del poder público del Estado en el cuerpo de las personas. Se diferencian por su desigual grado de lesividad o agresividad, el distinto profesional al que se encomiendan y por los diversos derechos fundamentales que comprometen

### 1. INSPECCIÓN CORPORAL.

Es un **acto de investigación consistente** en una **exploración superficial externa del cuerpo e indumenta**ria (ropa, cartera, atavíos, etc.) **de una persona**, efectuada ante la sospecha de una posible comisión delictiva, mediante el tocamiento externo y, en su caso, **registro de los objetos encontrados** («cacheo») o en una observación y examen del aire expirado, conocida como «control de alcoholemia y/o sustancias estupefacientes».

La inspección se diferencia de la intervención por la **naturaleza de los derechos fundamentales sacrificados** y por el distinto grado de invasión ocasionado en la persona investigada. La inspección corporal supone una inmisión en el derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE), que no precisa autorización judicial previa, mientras que **la intervención corporal supone** una invasión tanto del derecho a la intimidad como del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), que sí precisa autorización judicial previa, salvo acreditada urgencia.

#### A) Registro corporal externo.

Consiste en la **actuación** efectuada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, **tendente al tocamiento o palpamiento externo del cuerpo** y vestimenta o indumentaria de una persona, ante la sospecha de que sea portadora de objetos físicos relevantes para una concreta investigación.

Si no fuere una actuación consentida, conllevaría la invasión en el derecho a la intimidad de la persona (art. 18.1 CE) y, también, en el derecho a su integridad física y moral (art. 15 CE), en caso de precisarse la adopción de medidas de fuerza y compulsión, ante la negativa violenta del investigado. El registro corporal externo se encuentra reconocido en:

- la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LFCS), cuyo art. 11.1 establece que *«las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: f) Prevenir la comisión de actos delictivos y g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes»*.
- la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LPSC).

La práctica del registro corporal externo **constituye una labor** exclusivamente encomendada a las **Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**, que tan sólo podrán llevar a cabo cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de aquellas funciones de indagación y prevención de los delitos. El registro corporal externo **podrá llevarse** a cabo **contra la voluntad del afectado**, al autorizarlo el art. 20.4 LPSC, **adoptando las medidas** de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

El art. 20 LPSC, haciéndose eco de la jurisprudencia, establece los siguientes **REQUISITOS INDISPENSABLES** (susceptibles de excepción en caso de que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes) para **garantizar la buena *praxis*** del registro corporal externo:

1. Se realizará por un **agente del mismo sexo** que la persona sobre la que se practique esta diligencia (art. 20.2.a LPSC).
2. El registro que exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, **se efectuará en un lugar reservado y** fuera de la vista de terceros (art. 20.2.b.I LPSC).
3. Se realizará con **pleno respeto a los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación** por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 20.3.I *ab initio* LPSC).
4. Se realizará del modo que **cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad** de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización (art. 20.3.I *in fine* LPSC).
5. Se **dejará constancia escrita** de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó (art. 20.2.b.II LPSC).

La **correcta admisión y materialización de esta medida**, que no precisa autorización judicial previa y expresa, **dependerá de un adecuado juicio** de necesidad, idoneidad y proporcionalidad por parte de los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

La **incorrecta decisión y/o interpretación** de alguno estos parámetros a la hora de adoptar o materializar esta diligencia **NO comportará su anulación**, **SINO** la **posible responsabilidad de los profesionales** que hubieren inobservado los requisitos legamente establecidos.

### B) Control de alcoholemia y de sustancias estupefacientes.

Reconocida en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (TRSV) y desarrollada en el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (RGSV).

El art. 14.2 TRSV establece que *«el conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción»*.

**EL CONTROL DE ALCOHOLEMIA consistirá en la verificación del aire espirado**, mientras que **EL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES** se realizará **sobre una prueba salival**, en ambos casos mediante un dispositivo autorizado. En ningún caso suponen una intervención corporal interna, limitativa del derecho a la integridad (art. 15 CE), como pueden ser los análisis de sangre u otras sustancias, que deberán ser prescritos por facultativos de un centro sanitario.

La correcta materialización del control de alcoholemia y de sustancias estupefacientes **precisa la previa voluntad favorable de la persona** que **deba someterse a ella**, pues los agentes del tráfico no están facultados por la legislación vigente al uso de la compulsión o la fuerza. La persona que **se negare a someterse** a este control de alcoholemia y estupefacientes **incurrirá**, eso sí, **en el delito** establecido en el art. 383 CP, y será *«… castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».*

El control de alcoholemia y de sustancias estupefacientes **no precisa, para su validez, de una previa y expresa autorización judicial,** pues su eficacia depende de la rapidez con la que se realice. De ahí que los agentes deban ser extremadamente escrupulosos en el cumplimiento de esta inspección corporal para que puede convertirse en una fuente de prueba preconstituida. El RGSV **regula un sistema de doble prueba** en caso de resultado positivo en la primera. Si el resultado de la segunda prueba confirmara el positivo de la primera, el agente de la autoridad, además de ajustarse, en todo caso, a lo establecido en la LECrim, deberá describir con precisión, en el boletín de denuncia o en el atestado, el procedimiento de prueba seguido, incluyendo la identificación del instrumento de detección usado, consignar las advertencias hechas al interesado, especialmente la del derecho que le asiste a contrastar resultados y, finalmente, conducir al infractor al juzgado correspondiente en caso de que su conducta pudiera ser constitutiva de delito.

## 2. INTERVENCIÓN CORPORAL.

La intervención corporal consiste en la **exploración interna del cuerpo de una persona ante la sospecha de una posible comisión delictiva.** Conlleva una invasión tanto del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) como del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), por lo que precisará una autorización judicial previa y expresa.

El art. 363 II LECrim establece que *«siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»*.

Una vez **autorizada judicialmente la práctica de esta concreta diligencia, el investigado habrá de someterse a ella forzosamente**, según establece el art. 520.6.c.II LECrim: *«Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el Juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».*

**La recogida de cualquier tipo de muestras** biológicas, fluidos, huellas y vestigios que se encuentren, espontánea o accidentalmente, en lugares habitados o transitados por las personas investigadas **NO precisará autorización judicial previa**, por no haber precisado, en el momento de su obtención, la menor invasión en su privacidad, ni en su integridad.

**La autorización judicial PREVIA se precisará,** por tanto, cuando la persona investigada deba someterse, contra su voluntad, a alguna de las medidas integradas en el amplio concepto de «intervenciones corporales»: exploraciones radiológicas, tactos de las diversas cavidades corporales (bucal, anal o vaginal), observaciones ginecológicas, estudios ecográficos, exámenes de sangre, saliva, semen, orina o cualquier otro resto biológico con contenido celular, etc. **EXCEPTO** en tres supuestos:

- cuando el investigado se someta voluntariamente a la intervención corporal;
- en caso de extrema urgencia, que habrá de acreditarse posteriormente, al objeto de que quede convalidada la diligencia practicada sin cobertura judicial previa; y
- cuando las muestras, fluidos, huellas y vestigios sean sorprendidos, merced a una suerte de perspicacia policial, sin necesidad de materializar la intervención corporal.

La **autorización judicial previa y expresa,** requerida para esta intervención corporal **se extenderá a los profesionales** de la rama del **ordenamiento científico (**generalmente de la Medicina) que llevaran a cabo la concreta evaluación, exploración, análisis o diagnóstico del resultado que la investigación trata de alcanzar, como sanciona el art. 778.3 LECrim así lo sanciona: *«El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale».*

**La conclusión obtenida** como consecuencia de la realización de esta intervención corporal, de haberse adoptado y practicado con las garantías recién analizadas, **podrá erigirse en una prueba preconstituida**. La **FALTA de autorización judicial previa y expresa**, en defecto de voluntad favorable por parte del investigado, o el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su materialización **comportará su automática nulidad** (art. 11.1 LOPJ).

## III. ENTRADA Y REGISTRO.

**Este acto** de investigación, en sus versiones tanto física como electrónica, tras ser autorizado por el Juez, **habrá de ser cuidadosamente celebrado**, pues conlleva una lesión radical de derechos fundamentales esenciales cuya quiebra tan sólo podrá justificarse por superiores razones de seguridad jurídica, interés público y orden social.

### CONCEPTO, NATURALEZA Y NOTAS ESENCIALES DE LA ENTRADA Y REGISTRO.

**Es un acto** de investigación, regulado en la LECrim, en virtud del cual **el Juez autoriza a la policía a acceder a un lugar cerrado**, **contra la voluntad de sus ocupantes**, y a registrarlo con la finalidad de obtener una certeza, fiabilidad y, al término, nueva realidad de los hechos, con la única excepción del flagrante delito, que no precisará, por razón de su inmediatez, esta autorización judicial previa y expresa.

De este concepto y del hecho de que la adopción de una medida tan radical y lesiva de derechos fundamentales tan **sólo puede ser decretada por Jueces y Magistrados** en el ejercicio de la función jurisdiccional del enjuiciamiento se infieren las siguientes **NOTAS:**

a) Es un **acto de investigación anclado** en el más estricto **principio de legalidad,** sólo pudiéndose practicar en los casos y bajo los requisitos establecidos por nuestra la procesal penal;
b) Es un **acto de investigación nucleado** por el **principio de proporcionalidad**, ya que el Juez habrá de ponderar, caso por caso, la idoneidad, la justificación racional y la proporcionalidad de esta medida, pues su adopción conlleva el sacrificio de derechos fundamentales de vital transcendencia en un Estado democrático de Derecho;
c) **Afecta,** de manera conjunta, pero con desigual intensidad, **al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de la persona** concretamente inspeccionada, sea el propio sospechoso o investigado, sea un tercero. Esta triada de derechos fundamentales hace que **el Juez**, a la hora de autorizar este acto de investigación, tenga que entrar a **evaluar cuidadosamente cuándo es realmente necesaria, idónea y proporcionada**, a los fines de la investigación. El riesgo principal se cierne sobre la intimidad, física o electrónica, garantizada el art. 18 CE.
    a. La **intimidad física** se refiere a la defensa de la privacidad de las personas frente a las intromisiones en su esfera más íntima y/o en sus relaciones familiares y sociales más estrechas.
    b. La **intimidad informática** se refiere a la supervisión y control de la información personal volcada en internet. Esta intimidad contiene a su vez el derecho a la autodeterminación informativa (referido a la protección de los datos personales obrantes en la red) y el

derecho al entorno virtual (exclusión de intromisiones en el espacio digital de las personas).

d) Precisa **una autorización judicial previa y expresa** cuando vaya a producirse en contra de la voluntad de los afectados.
   a. La entrada y registro operada conforme a la voluntad, expresa o tácita, espontánea o madurada, de quiénes deban verse expuestos a esta invasiva medida, **NO precisará la cobertura judicial** y podrá realizarse sin previa, ni expresa, autorización judicial.
   b. El art. 545 LECrim señala que *«nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes».*

e) Reclama **una autorización previa y expresa** cuando deba experimentarse en un lugar especialmente protegido por nuestra legislación, con el ineludible complemento de la jurisprudencia, que ha detallado casi con milimétrica precisión qué debe entenderse por lugar cerrado y abierto, a los fines de la investigación.
   a. Tan sólo resultará necesaria **cuando el lugar físico susceptible de ser visitado** y, en su caso, registrado, se encuentre, efectivamente, entre los espacios legal y jurisprudencialmente protegidos.

f) **Excepción.** Los casos de flagrante delito funcionan no requieren de la obligatoria autorización judicial previa y expresa, como establece el art. 18.2 CE. La urgencia derivada de la investigación frente a quién/es ha/n sido sorprendido/s, durante la gestación o materialización del ilícito, justifica la racionalidad y justicia de la celebración del registro en tiempo real y sin necesidad de autorización judicial previa y expresa, pues la espera a esta autorización frustraría la eficacia, inmediatez y finalidad de la materialización *ipso facto* de este relevante acto de investigación.

g) Aunque es **un acto de investigación unívoco**, en realidad se refiere a dos actuaciones divergentes:
   a. de un lado, la entrada, el acceso o la irrupción en un determinado lugar físico o electrónico, cerrado y reservado;
   b. de otro, el registro, la inspección, la búsqueda, la fiscalización e, incluso, la incautación de materiales imprescindibles para el desarrollo y la continuidad de la investigación.

h) La **finalidad de la entrada y registro es múltiple**, como así apunta el art. 546 LECrim: va desde la verificación del lugar dónde pueda encontrarse el presunto autor del hecho delictivo, hasta la obtención de una amplia y diversa información sobre los efectos y/o instrumentos del delito obrante en toda suerte de lugares, libros, objetos y papeles que permitan esclarecer los hechos y determinar, con toda precisión y rigor, su autoría.

i) La **materialización del registro** ha de **ajustarse** al máximo a la **finalidad concretamente perseguida**, concretada en la localización del autor y la correlativa obtención de la información directamente relacionada con el hecho delictivo, sin que la autorización judicial pueda ser interpretada de manera ilimitada, incondicionada o desproporcionada. Así, el art. 552 LECrim establece que *«al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción».*

j) Se **limita siempre a lugares protegidos**, pues la **accesibilidad a los espacios públicos y abiertos NO PRECISA** la exigencia de su previa y expresa autorización judicial. Dentro de estos lugares protegidos, podemos distinguir
   a. entre el **registro del domicilio**, especialmente protegido, de las personas físicas y jurídicas,

b. del registro de aquellos **otros espacios cerrados** no considerados domicilio, pero merecedores de similar protección e, incluso, del registro de los libros, papeles y objetos personales.

## 2. ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO.

La «entrada y registro en domicilio» es el **acto de autorización judicial de dos actuaciones compulsivas, la ENTRADA y el REGISTRO**, en el domicilio de las personas, a cargo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, con la finalidad de localizar al sospechoso o investigado, así como toda suerte de vestigios, instrumentos o materiales que permitan esclarecer los hechos. Se extraen los siguientes **elementos**:

- **Objetivo**: concepto y fundamento;
- **Subjetivo**: sujetos implicados en el acto de investigación; y
- **Procedimiento:** autorización, notificación, tiempo, lugar y resolución judicial conclusiva del acto.

### A) Concepto, fundamento y finalidad de la entrada y registro en domicilio.

El acto de investigación consistente en la «entrada y registro» **está constituido por dos actuaciones sucesiva**s:

- primero, **la entrada**, como acto de acceso al domicilio físico o electrónico de las personas
- segundo, **el registro**, como acto destinado al descubrimiento de la ubicación física del investigado, así como a la búsqueda, localización y ocupación de toda suerte de datos, instrumentos o elementos, tanto físicos como electrónicos, que coadyuven al éxito de la investigación.

**El fundamento** de la «entrada y registro» **reside en la conveniencia, necesidad u oportunidad** de favorecer el **desarrollo y buen fin de las investigaciones penales** con el objeto de contribuir, ya desde de su autorización a la absolución del inocente, la condena del delincuente, la reparación de la víctima, y el restablecimiento de la paz social.

**La finalidad inmediata** reside en la **averiguación del paradero del sospechoso** o investigado y en la localización de vestigios, materiales o señales que permitan clarificar los hechos acontecidos y su posible relación o vinculación con el investigado.

El acto de investigación de la entrada y registro en domicilio, el art. 18.2 de la CE (*el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito)* se **refiere sobre un lugar determinado**: el domicilio, y lo condiciona a tres requisitos:

- que no sea consentido por el sujeto inspeccionado;
- que sea autorizado por el Juez, mediante resolución motivada; y
- que no se trate de un delito descubierto *in fraganti*, esto es, en el mismo momento en que se comete, pues en tal caso podrá procederse, por razones de urgencia, a realizar la entrada y registro.

El **art. 554 LECrim** establece lo qué debe entenderse por domicilio:

- 1º Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro;
- 2º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia;
- 3º Los buques nacionales mercantes.

La jurisprudencia identifica domicilio con todo lugar cerrado y privado dónde discurre, con carácter habitual u ocasional, la vida, la intimidad y la privacidad de las personas físicas, por ejemplo: el propio hogar personal, individual y/o familiar; cualquier tipo o clase de hospedería; los apartamentos de verano, los camarotes de las embarcaciones, las tiendas de campaña, las caravanas; las residencias de estudiantes, religiosas o militares; las chabolas. Por contraste, **NO PUEDEN SER considerados domicilio** los lugares abiertos al público (comercios, restaurantes, cafeterías, bares, tabernas, gasolineras, estadios deportivos) ni los lugares cerrados dónde no se desarrolle la intimidad personal y familiar de las personas (los coches, camiones, garajes, bodegas, trasteros, locales inhabitables, patios o corralas comunales).

La atribución de responsabilidad penal a las **personas jurídicas** comporta que también deba inspeccionarse su «domicilio», aun cuando las personas jurídicas carecen de intimidad, por tratarse de un atributo esencialmente humano, lo cierto es que el tratamiento conferido a la «entrada y registro» de estas personas se equipara al de las físicas. El **art. 554.4º de la LECrim** establece, a estos efectos, que, tratándose de personas jurídicas imputadas, ha de entenderse por «**domicilio social**», *el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros*.

**El consentimiento expreso o tácito de la persona inspeccionada**, al tiempo de procederse a la entrada y registro de su domicilio constituye un inhibidor de la necesaria autorización judicial. Se entenderá que presta su **consentimiento**, según el **art. 551 LECrim**, aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio la CE.

### B) Otras modalidades de «entrada y registro en domicilio».

La **autorización judicial** se erige en un **título habilitante previo** de la entrada y registro con dos únicas excepciones: el consentimiento del titular del derecho a la intimidad amenazado y el delito flagrante. El **art. 553 LECrim** establece una tercera excepción: *«Los Agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones de persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido».* En tales supuestos, **la policía** tendrá que **dar cuenta inmediata al Juez** competente,

de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, **se indicarán las personas que hayan intervenido** y los incidentes ocurridos.

La **LO 4/2015**, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LPSC) contempla un último supuesto de entrada sin necesidad de previa autorización judicial en su **art. 15.2**: *«Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad».* En tales casos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrán de remitir, sin dilación, el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente.

### C) Sujetos.

**La materialización de la «entrada y registro»** en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, **se encomienda a la policía**, que estará autorizada, incluso, para el empleo del auxilio de la fuerza cuando fuere necesario (**art. 568 LECrim**). Asimismo, **el registro se practicará siempre en presencia del LAJ del Juzgado o Tribunal** que lo hubiera autorizado, o del Letrado del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta.

El registro **habrá de realizarse**, a su vez, en **presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente**. *«El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente; Si aquél no fuere habido o no quisiese concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad; Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo»* (**art. 569 LECrim**).

La **resistencia** de todos estos sujetos **a presenciar el registro producirá la responsabilidad** declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

### D) Procedimiento.

La **competencia para conocer** de la «entrada y registro» del **domicilio corresponde al mismo Juez o Tribunal que conoce de la causa** (**art. 546 LECrim**), quién habrá de afrontar su autorización conforme a los principios de:

- **legalidad**: será nula de pleno derecho toda entrada y registro celebrada al margen de la legislación vigente;
- **proporcionalidad:** inexistencia de alternativa menos gravosa e igualmente eficaz para el descubrimiento de los hechos y autoría del presunto infractor; y
- **detallada y pormenorizada motivación** de las razones que impulsan a adoptar esta gravosa medida, para cada concreta investigación, en un tiempo y espacio determinados.

La entrada y registro en domicilio, previamente autorizada en auto judicial, **habrá de ser notificada, al titular del domicilio susceptible de ser inspeccionado**, de manera inmediata y siempre dentro de las 24 horas de haberse dictado, según el **art. 550 LECrim**. El **art. 566 LECrim** presenta una sucesión ordenada de posibilidades alternativas de comunicación del auto judicial en caso de que el particular afectado no lo reciba por las razones que fueren:

- Si la entrada y registro se hubieren de hacer en el **domicilio de un particular**, se notificará el auto a éste;
- Si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su **encargado;**
- Si no hay el encargado, se hará la notificación **a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio**, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado;
- Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con **asistencia de dos vecinos**, los cuales deberán firmarla.

Una vez comunicado el auto judicial que autoriza la entrada y registro, habrán de cumplirse con extremada cautela **los siguientes REQUISITOS**:

1. **TEMPORALES**: en domicilio particular se hará habitualmente de día, salvo poderosas razones de urgencia o cuando el titular o su representante lo autoricen; en caso contrario, se reanudará la operación al siguiente, previa adopción de las medidas necesarias para evitar la destrucción de los instrumentos susceptibles de investigación y, en su caso, desaparición del presunto delincuente, como establece el **art. 570 LECrim**; estas limitaciones temporales no se aplican a edificios públicos;
2. **ESPACIALES**: alcanzan tanto al domicilio privado de las personas físicas, como al domicilio social de las personas jurídicas, y desde luego a toda suerte de lugares públicos, abiertos o cerrados;
3. **FORMALES**: la entrada y registro habrán de hacerse de la forma menos gravosa, perjudicial o inoportuna para el interesado, debiendo no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción, según el **art. 552 LECrim**. Esto no obsta para que el **art. 567 LECrim** establezca que *«Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro».*

Una vez concluida la entrada y registro, **si no se hubieren encontrado lo que se buscaba**, se **expedirá**, conforme indica el **art. 569 LECrim**, una **certificación del acta** a la parte interesada si la reclamare. En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán, los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora de inicio y finalización de la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos. **art. 272 LECrim**

**Si** durante la entrada y registro **apareciesen «hallazgos» fortuitos o casuales**, reveladores de información sobre un hecho delictivo distinto al investigado, se encontrarán **cubiertos por la autorización judicia**l de entrada y registro, como si de un flagrante delito se tratare, debiendo ponerse en comunicación del Juez competente, en el mismo momento en que se produzcan, para que amplíe la cobertura habilitante de su auto a dichos descubrimientos.

## 3. ENTRADA Y REGISTRO EN OTROS LUGARES.

*«El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación»* (**Art. 546 LECrim**).

Estos edificios o lugares públicos son, según el **art. 547 LECrim**, los siguientes:

- 1º Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar;
- 2º Los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos;
- 3º Cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular; y
- 4º Los buques del Estado.

En espacios destinados a servicios oficiales y cualquier lugar cerrado que no sea domicilio, el Juez oficiará a la Autoridad de que aquéllos dependan en la misma población. Si no contestare, se notificará el auto en que se disponga la entrada y registro al encargado de la custodia del edificio en que se hubiere de entrar y registrar.

- En espacios destinados a la reunión o recreo, la notificación se hará a la persona que se halle al frente del establecimiento.

- En los buques del Estado, las comunicaciones se dirigirán a los comandantes respectivos, si bien en los buques de guerra extranjeros, su falta se suplirá por la del Embajador o ministro de la nación a que pertenezcan (art. 561 LECrim).

Además, la LECrim establece los siguientes **REQUISITOS** para la entrada y registro de otros espacios:

1. Palacio de los Cuerpos Colegisladores: el Juez necesitará la autorización del presidente respectivo (art. 548 LECrim);
2. Palacio de residencia del Monarca: el Juez solicitará real licencia por conducto del Mayordomo Mayor de Su Majestad (art. 555 LECrim);
3. Sitios Reales en que no se hallare el Monarca al tiempo del registro: el Juez solicitará la licencia del jefe o empleado del servicio que tuviera a su cargo la custodia del edificio (art. 556 LECrim);
4. Templos y lugares religiosos: el Juez pasará recado de atención a cuyo cargo estén (art. 549 LECrim);
5. Edificios oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditados el Juez les pedirá su venia, por medio de oficio, en el que les rogará que contesten en doce horas (art. 559 LECrim);
6. Habitaciones de Cónsules extranjeros y en sus oficinas: el Juez pasará recado de atención, observando las formalidades prescritas (art. 562 LECrim);
7. Edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas: no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo (art. 15.3 LPSC).

### 4. REGISTRO DE LIBROS, PAPELES Y OBJETOS PERSONALES.

Este registro es también un **acto exclusivamente jurisdiccional**, cuya competencia corresponde **al Juez de la causa** conforme a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Así, el **art. 574.I LECrim** establece que *«el Juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario».* El **art. 573 LECrim** señala que *«no se ordenará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa».*

Todas las personas están obligadas, según el **art. 575.I LECrim**, a **exhibir los objetos y papeles** que se sospeche puedan tener relación con la causa, bajo un primer apercibimiento de multa si el que los retenga se negare a su exhibición, que se traducirá como autor, encubridor o receptador del delito de desobediencia a la Autoridad, cuando insistiera en su negativa, siempre que el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo aconseje. Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas, conforme indica el **art. 574.II LECrim**, por el LAJ, bajo su responsabilidad.

Finalmente, el **art. 578 LECrim** establece que, **si el libro objeto del registro fuere el protocolo de un Notario**, se procederá conforme a la Ley del Notariado; si fuese un libro del Registro de la Propiedad, se estará lo dispuesto a la Ley Hipotecaria; y si se tratare de un libro del Registro Civil o Mercantil se estará a la Ley y Reglamentos correspondientes.

## IV. DETENCIÓN Y APERTURA DE CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA.

El art. 18.3 CE **garantiza el secreto de las comunicaciones** y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Así, el Juez podrá acordar la observación o la detención, apertura y examen de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, remitida o recibida por el investigado, si con ello se pudiera llegar al descubrimiento o a la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los delitos expresamente previstos en el **art. 579.1 LECrim**:

- 1º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión;
- 2º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y
- 3º Delitos de terrorismo.

**La observación de los aspectos externos de las comunicaciones** postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos, **será acordada por el Juez en resolución motivada**, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses (**art. 579.2 LECrim**). La detención, seguida de la apertura y examen no ha sido temporalmente limitada por la LECrim, a pesar de ser más lesiva, por lo el Juez deberá establecer un límite temporal, para ajustar el acto de investigación autorizado al principio de proporcionalidad.

La autorización judicial mencionada podrá ser sustituida, bajo determinadas condiciones, por una orden del Ministerio del Interior o, en su defecto, el secretario de Estado de Seguridad. Así, el **art.**

**579.3 LECrim** establece: *«En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista, podrá ordenarla el ministro del Interior o, en su defecto, el secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al Juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida».*

El **art. 579.4 LECrim** establece que **NO precisarán autorización** de ningún tipo:

1. Envíos postales que, por sus características externas, **no sean usualmente utilizados** para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.
2. Aquellas otras formas **de envío de la correspondencia bajo el formato legal** de **comunicación abierta**, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.
3. Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.

Será imprescindible asistencia del investigado —si lo hubiere en esa incipiente fase del proceso penal— con o sin asistencia letrada —la LECrim no impone dicha preceptiva asistencia—, al acto en que, con garantía de contradicción, el Juez proceda a la apertura y volcado del contenido de su propia correspondencia física bajo apercibimiento, en caso de inasistencia voluntaria de que se abrirá, en todo caso, la correspondencia interceptada. Si se cumplen estos presupuestos de validez este acto de investigación podrá convertirse en prueba preconstituida capaz de desvirtuar, por sí misma, la presunción de inocencia.

# Lección 16 LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN (III): LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO ELECTRÓNICO

## I. ACTOS DE INVESTIGACIÓN ELECTRÓNICOS: ESPECIAL ATENCIÓN A LA INTIMIDAD EN SU DOBLE PROYECCIÓN DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y ENTORNO VIRTUAL.

La diversidad, heterogeneidad, plurifuncionalidad y multiplicidad de datos que se almacenan en cualquier ordenador o dispositivo electrónico asimilable —por su gran capacidad de acumular información vinculada a una persona— ha justificado la necesidad proclamada por el TS de crear nuevos derechos: el derecho al entorno digital y el derecho a la autodeterminación informativa o el derecho a decidir quién tiene derecho a conocer nuestros datos personales, y que está vinculado al derecho al secreto de las comunicaciones.

**DERECHO AL ENTORNO VIRTUAL**. En este **derecho se integra toda la información que va generando el usuario en la red- consciente o inconscientemente, voluntaria o involuntariamente- a través del uso de las nuevas tecnologías,** con inevitable dejación de un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos.

Surge la necesidad de una protección jurisdiccional porque cuando el titular o usuario de un equipo informático o dispositivo electrónico navega por internet, participa en foros, chats o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias –entre otras posibilidades- está revelando datos acerca de su personalidad que puede afectar a lo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, la opción sexual, etc.…Dichos datos aisladamente son irrelevantes (que no), pero si se analizan en su conjunto configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular que HAY QUE PROTEGER frente a la intromisión de terceros o de los propios poderes públicos, en sus tareas de investigación y castigo de los delitos en ese entorno digital. Ese derecho fundamental recogido en la CE en el Art 18.1, como derecho a la intimidad.

Así pues, ***las medidas de investigación que precisen el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's) para la averiguación del delito y el descubrimiento del autor, resultan lesivas del Derecho a la intimidad de las personas y supone la inmisión del Poder Público en Derechos Fundamentales*** (DDFF), como puede ser la imagen, el secreto de las comunicaciones o la misma privacidad del domicilio, precisando por ello de una tutela reforzada de nuestros Jueces y Magistrados.

Este nuevo ***Derecho al Entorno Virtual ha de identificarse como un conjunto de información cerrada*** y como una conversación en curso, activa o en tránsito, ya que en este caso estamos ante el Derecho al Secreto de las Comunicaciones.

**DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA** o derecho a decidir quién puede acceder a los datos está vinculado al Derecho al Secreto de las Comunicaciones, recogido en el Art 18.3 de la Constitución Española (CE) y se refiere –según el TS- a conversaciones en tránsito, activas o en curso.

Estos nuevos derechos reconocidos por el TS conciernen al Derecho a la Intimidad Informática en su doble proyección:

-Derecho al entorno virtual (preservación de la intimidad informática en el propio entorno virtual) =Derecho a la intimidad.

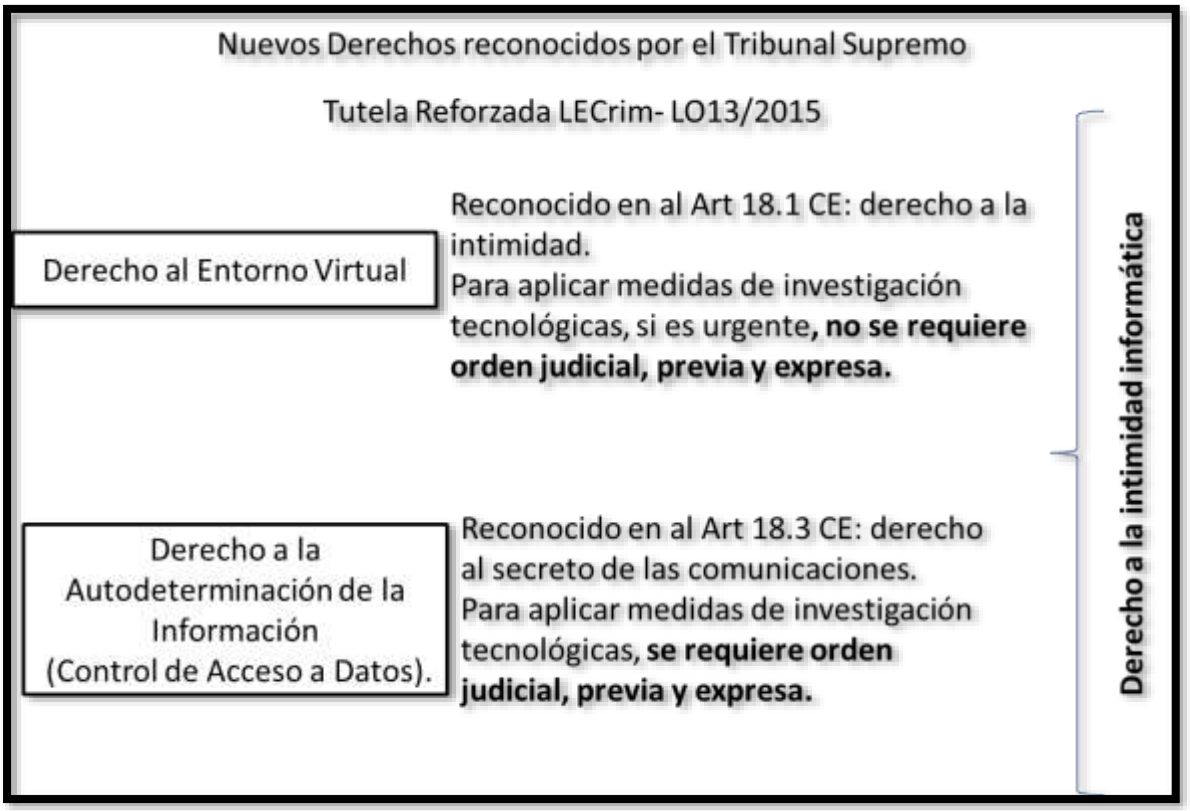
-Derecho a la autodeterminación informativa (control de acceso a los datos personales) =Secreto de las Comunicaciones.

***Esta distinción establecida por el TS es muy importante*** porque para la intromisión en el Derecho al Secreto de las Comunicaciones se requiere una ORDEN JUDICIAL, PREVIA Y EXPRESA (Art 18.3 CE), por ejemplo para el acceso y conocimiento por parte de los agentes policiales de las agendas de los móviles, los contactos son equiparables a las agendas en papel, por lo que necesitan una ORDEN JUDICIAL, PREVIA Y EXPRESA, pudiendo acceder con una diligencia siempre que resulte justificada con arreglo a los **criterios de urgencia, necesidad y proporcionalidad.**

Para la inmersión en el Derecho a la intimidad (Art 18.1 CE) y por extensión al Derecho al entorno virtual, la Policía Judicial podrá incautarse y aplicar esta medida sin esa previa autorización, siempre que sea un caso de urgencia (Art 588 sexies 4 LECrim).

El Derecho al entorno virtual será a su vez, susceptible de ampliación o reducción por su propio titular. Por ejemplo, si se incorpora información o datos en "abierto" y en un dispositivo de almacenamiento compartido, no hay lesión alguna de una supuesta privacidad, pues el titular de los contenidos íntimos no los protegido con las oportunas cautelas.

Este Derecho al Entorno Virtual **está vinculado al Derecho a la intimidad** y también al secreto de las comunicaciones, siendo por ello objeto de tratamiento en la modificación LECrim LO13/2015 para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, entre otras, sobre la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación y dispositivos de almacenamiento masivos de información digital, así como el acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados tanto dentro como fuera del domicilio del investigado.



## II. LAS NUEVAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA: DISPOSICIONES GENERALES.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica incorporó, en el Título VIII («De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución») del Libro II («Del sumario»), un buen número de capítulos, destinados al estudio de las nuevas medidas de investigación tecnológica.

### 1- MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS.

1. -Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (Cap. V).
2. -La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (Cap. VI).
3. -La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización (Cap.VII).
4. -El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (Cap.VIII).
5. -Los registros remotos sobre equipos informáticos (Cap. IX).
6. Las medidas de aseguramiento (Cap.X).

Todas las medidas de investigación tecnológica precisan de AUTORIZACIÓN JUDICIAL EXPRESA, excepto la medida de la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

### 2- PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.

Los principios rectores sobre los que se asientan estas medidas de investigación tecnológica son:

- Legalidad y Jurisdiccionalidad (implícitos)
- Especialidad,
- Idoneidad,
- Excepcionalidad,
- Necesidad,
- Proporcionalidad.
-

La ley se refiere de forma implícita al principio de legalidad y de jurisdiccionalidad, y de forma explícita al resto de principios.

**1- Legalidad. - Toda medida de investigación tecnológica (al igual que las medidas de alcance físico) ha de estar sustentada en la ley.**

En materia de adopción de medidas de investigación tan restrictivas de los Derechos Fundamentales de los investigados, y en ocasiones, hasta de terceras personas que se relacionaron con ellos, como las electrónicas no quedan margen para la oportunidad ni judicial, ni de parte.

En este caso se aplica la LECrim que es una ley Previa, Escrita, Cierta, Vigente, Pública y que regula expresamente cada una de estas medidas de investigación tecnológica.

**2- Especialidad.** - La medida concreta la seleccionará el juez, de oficio o a instancia de los restantes órganos públicos (Ministerio Fiscal y Policía Judicial). Dicha medida **se tomará UNA VEZ ACTIVADA LA INVESTIGACIÓN** y tendrá que estar estrechamente relacionada con la investigación de un delito concreto.

Nunca se aplicará a modo de prevención, cautela apriorística o vigilancia abstracta de los males futuribles, indescifrables y desconocidos que puedan –potencialmente- amenazar a la sociedad.

3- **Idoneidad. -** Este principio define lo que le legislador ha designado como ámbito objetivo, subjetivo y temporal:

Ámbito Objetivo: cuáles son los delitos concretos que serán susceptibles de una investigación tecnológica secreta, es decir, de espaldas al investigado. El investigado desconoce, no sabe que le están investigando.

Ámbito Subjetivo: quiénes podrán ser investigados.

Ámbito Temporal: durante cuánto tiempo se estará investigando.

Todo ello ha sido definido por el legislador, no por el juzgador.

4- **Excepcionalidad. -** A tenor del Art 588 bis a 4 LECrim, estas medidas de investigación tecnológica se aplicarán:

1) Cuando no estén a disposición de la investigación otras medidas menos gravosas.

2) Cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito se vean gravemente dificultados sin el recurso de esta medida.

Este principio de excepcionalidad se impone a la hora de seleccionar una medida concreta de investigación tecnológica en detrimento de otra, cuando devenga igualmente eficaz y se estará a la menos lesiva o menos intrusiva.

El juez estará siempre, seleccionará siempre la menos agresiva.

**5- Necesidad. -** Este principio se aplica cuando no hay posibilidad de avanzar en la investigación, ni de obtener el menor logro en la búsqueda de la información que permita aproximarse al consentimiento del hecho delictivo y descubrimiento de su autor sin la imprescindible utilización de estas medidas.

**6- Proporcionalidad. -** Según establece el Art 588 bis a 5 LECrim: "que el sacrificio de los derechos afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros." Así pues, según la LECrim, para la ponderación se tendrá en cuenta:

- La gravedad del hecho.
- Su trascendencia social o ámbito tecnológico de producción.
- La intensidad de los indicios existentes.
- La relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

La LECrim tiene pautadas cuáles son las concretas actuaciones delictivas, susceptibles de investigación tecnológica. Una vez resuelto que la investigación EN CURSO se refiere a una de esas actuaciones delictivas, el juez habrá de verificar la medida de investigación más idónea, siempre que sea imprescindible y necesaria y por supuesto, la menos lesiva o intrusiva.

Así, el verdadero ejercicio para aplicar el Principio de Proporcionalidad se encuentra en la combinación de estos juicios, y concretando la determinación judicial DURANTE la vigencia de una investigación (investigación en curso) respecto de:

- ✓ Si la medida tecnológica- en expectativa de adopción- es legalmente admisible (Principio de Legalidad),
- ✓ Si es para ese delito en concreto (Principio de Idoneidad),
- ✓ Si deviene imprescindible (Principio de Necesidad),
- ✓ Si es la más efectiva, al tiempo que la menos gravosa de todas las posibles (Principio de Excepcionalidad).

La adopción de todas estas medidas de investigación tecnológica sólo puede ser efectuadas de oficio o a instancia de alguno de los órganos públicos del Estado: Ministerio Fiscal o Policía Judicial.

Así pues, se descarta la solicitud por cualquiera de las partes acusadoras, sean populares o particulares.

## 3- PETICIÓN/SOLICITUD DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.

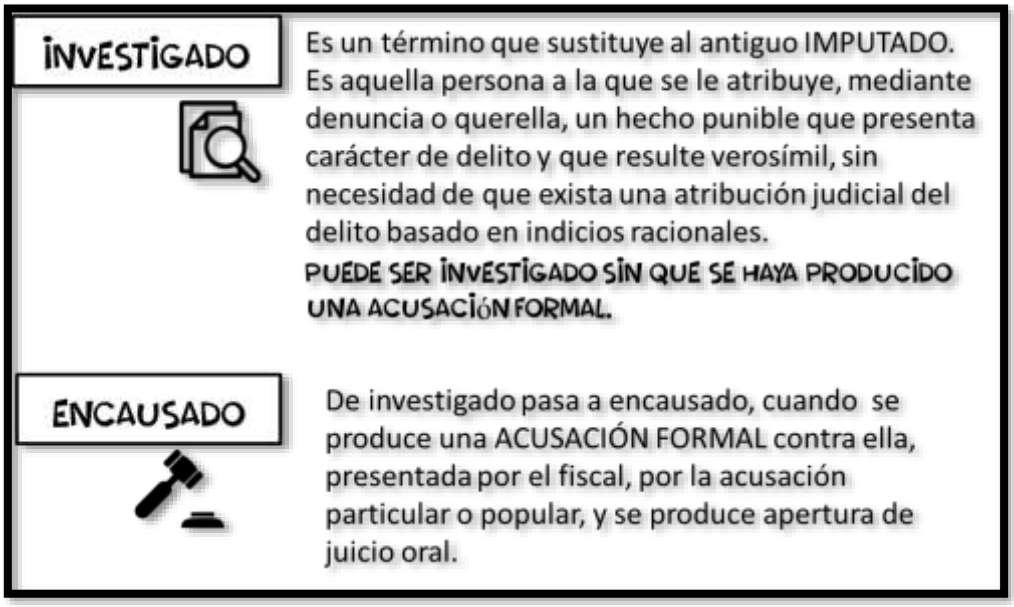
La solicitud de estas medidas, así como las actuaciones posteriores relativas a las mismas, se sustanciarán en una PIEZA SEPARADA Y SECRETA, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

La solicitud está regulada en el Art 588 bis B LECrim, a cuyo tenor:

1º El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Policía Judicial.

2º Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten al Juez de Instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:

- Descripción del hecho objetivo de la investigación,
- Identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos,
- Exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida o los principios rectores establecidos en el Art 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia,
- Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.
- Alcance de las medidas (extensión) con especificaciones de su contenido,
- Unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención,
- La forma de la ejecución de dicha medida,
- La duración de la medida que se solicita,
- En caso de conocerse, el sujeto obligado que llevará a cabo la medida.




Hecha la solicitud con todos estos extremos, el JUEZ DE INSTRUCCIÓN autorizará o denegará la medida solicitada mediante AUTO MOTIVADO, oído el Ministerio Fiscal.

Esta resolución se dictará en el plazo máximo de 24 horas desde que se presenta la solicitud, salvo que el juez precise –interrumpiendo ese plazo- una ampliación para la aclaración de los términos de la solicitud.

La resolución concretará los términos exigidos por el Art 588 bis c LECrim:

1) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
2) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.
3) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de sus principios rectores.
4) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
5) La duración de la medida.
6) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al Juez sobre los resultados de la medida.
7) La finalidad perseguida con la medida.
8) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

## 4- DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.

Las medidas de investigación tecnológica tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y en cada caso concreto.

No podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos, pudiendo ser prorrogadas.

La PRÓRROGA se realizará mediante AUTO MOTIVADO por el Juez Competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron.

Una vez transcurrido el plazo (o en su caso la prórroga) la medida cesará a todos los efectos.

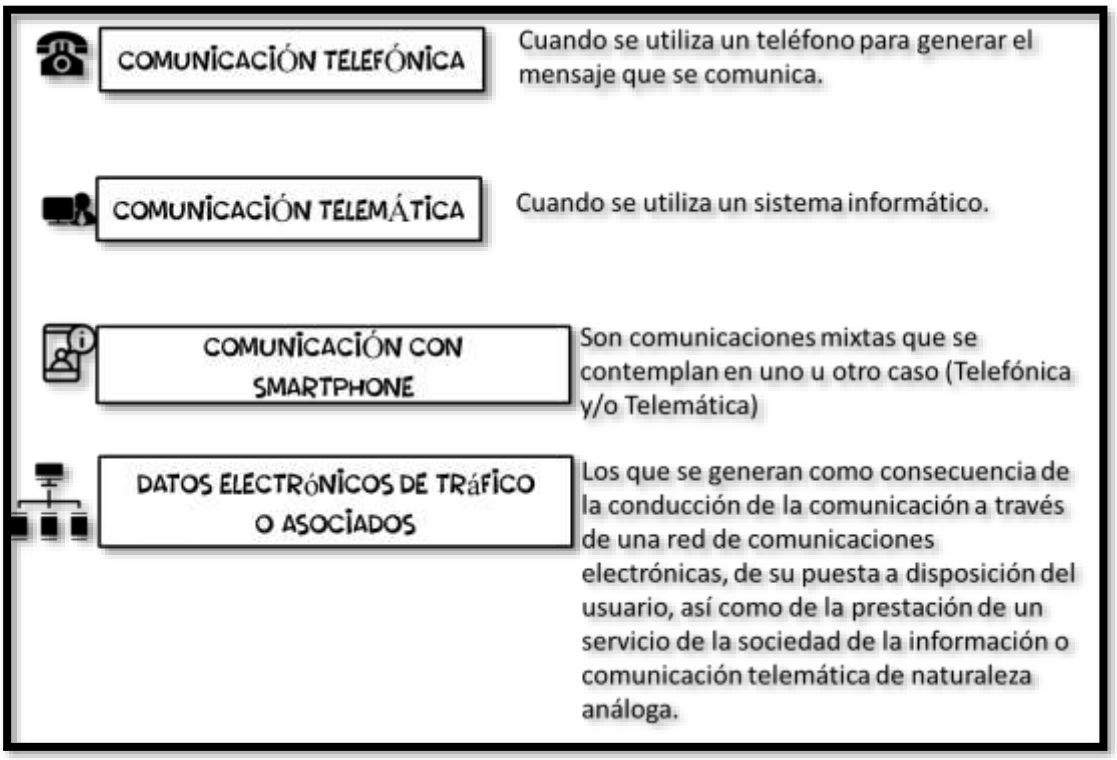
## 5. HALLAZGOS ESPONTÁNEOS O DESCUBRIMIENTOS CASUALES.

Cuando en el curso de una realización de estas medidas de investigación tecnológica aparezca información que se refiera a procedimientos distintos, estamos ante un descubrimiento casual o un hallazgo espontáneo.

Estos descubrimientos casuales podrán ser trasvasados a esos procedimientos y utilizados oportunamente, siempre y cuando lo autorice, con inmediatez, el nuevo juez competente para conocer de esa investigación foránea, inesperadamente descubierta.

# III. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.

Este invasivo método de investigación consiste en: "la interceptación de todos aquellos dispositivos que permitan la comunicación telefónica o telemática tanto del presunto autor del hecho delictivo como de los terceros que se relacionan con él."




## 1. ÁMBITO OBJETIVO DE LA MEDIDA DE INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.

**Qué Delitos:** Según el Art 588 ter a LECrim, la autorización se podrá obtener cuando la investigación tenga por objeto **alguno de los siguientes delitos:**

1. Delitos dolosos castigados con pena con un límite máximo de al menos 3 años de prisión. (Art 579 LECrim).
2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
3. Delitos de terrorismo.

4. Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación. (Art 588 ter a).

**Qué terminales**: La LECrim, ante la heterogeneidad, variabilidad y diversidad de posibilidades existentes no establece límite material ni objetivo ni subjetivo, PUDIENDO SER INSPECCIONADOS los siguientes terminales o medios de comunicación:

- **Los del investigado**. Los utilizados por el investigado de forma habitual u ocasional (Art 588 ter b 1 LECrim),
- Los que sean de la titularidad del investigado, incluso aquellos respecto de los que este investigado sea un nuevo usuario de terminales o medios de comunicación (Art 588 ter b 2 In fine LECrim),
- **Los de la víctima,** cuando sea previsible un grave riesgo,
- **Los de un Tercero**: Los pertenecientes a una tercera persona, siempre que:

  -Exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información.
  -El titular colabore con el investigado en sus fines ilícitos o se beneficie de dicha actividad.
  -Cuando el dispositivo objeto de la investigación sea utilizado maliciosamente por terceros y sin conocimiento de su titular.

## 2- ALCANCE Y ÁMBITO DE LA INTERCEPTACIÓN. EXCEPCIÓN

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas precisa siempre de AUTORIZACIÓN JUDICIAL, EXPRESA Y PREVIA, ya que es una medida intrusiva y afecta al Art 18 de la CE.

**EXCEPCIÓN.** Sólo tiene una **excepción, regulada en el Art 588 ter d 3 LECrim:**

***En caso de urgencia***, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de ***delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*** y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, ***podrá ordenarla el ministro del Interior o, en su defecto, el secretario de Estado de Seguridad***. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. ***El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.***

Debido a que esta medida de investigación tecnológica tiene una extensión variable, será necesario que EN CADA CASO el juez determine EL ALCANCE PRECISO DE LA INTERCEPTACIÓN para la concreta búsqueda de información, de entre los siguientes (Art 588 ter d LECrim):

**Primera:** El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta (art. 588 ter d 2 a LECrim).

**Segunda:** El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza (art. 588 ter d 2 b LECrim).

**Tercera:** La localización geográfica del origen o destino de la comunicación (art. 588 ter d 2 c LECrim).

**Cuarta**: El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados, pero de valor añadido a la comunicación (art. 588 ter d 2 d LECrim).

**Quinta**: Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación (art. 588 ter j 1 LECrim)

**Sexta:** Los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso (art. 588 ter k LECrim).

**Séptima**: Los datos de identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad (art. 588 ter m LECrim).

## 3- SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN.

**Art 588 ter d LECrim. Solicitud de autorización judicial.**

1. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 bis b, los siguientes:
    1. la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,
    2. la identificación de la conexión objeto de la intervención o
    3. los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Y también lo contemplado en el art. 588 ter d 2 LECrim:

1. Primero: El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.
2. Segundo: El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.
3. Tercero: La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.
4. Cuarto: El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados, pero de valor añadido a la comunicación.

## 4- DEBER DE COLABORAR. Art 588 TER E

**¿Quiénes tienen deber de colaborar?**

1. Todos ***los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información***, así como ***toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través*** del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones.
2. ***Los sujetos requeridos para prestar colaboración*** tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.
3. ***Los sujetos obligados*** que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia.

   **¿Qué pasa si no colaboran?** Incurren en delito de desobediencia.

## 5- DURACIÓN DE LA INTERCEPTACIÓN. Art 588 TER G

La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres (3 MESES) meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses (18 MESES).

**PRÓRROGA. Art 588 TER H**

La prórroga será por períodos sucesivos de igual duración hasta un máximo de 18 MESES

Solicitud de prórroga.

Para fundamentar y argumentar la solicitud de la prórroga, la Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.

Antes de dictar la resolución, el juez podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

## 6- ACCESO DE LAS PARTES A LAS GRABACIONES. Art 588 TER I

Las partes podrán tener acceso a las grabaciones una vez alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de investigación.

Se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. ***Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, s***olo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos.

***La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.***

Una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el Juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El Juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa (art. 588 ter i 2 LECrim).

**Se notificará** por el Juez de instrucción ***a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas***, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones.

***Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones,*** en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia (art. 588 ter i 3 LECrim).

## IV. LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS.

**CONCEPTO.** Es la adquisición, percepción o, de cualquier modo, intervención para la grabación, del sonido, así como —caso de ser expresamente autorizado— de la imagen, durante las conversaciones directas que mantenga el investigado prácticamente en cualquier lugar en que se encuentre: tanto vía pública o cualquier espacio abierto, como su domicilio o cualquier otro lugar privado.
Esto supone:
1º. Que la escucha y grabación de las conversaciones privadas podrá circunscribirse en exclusiva a las audiciones orales, aunque podrá complementarse con grabaciones de imágenes, si el juez así lo estima conveniente.
2º. Que la escucha y grabación de sonidos y/o imágenes del investigado podrá realizarse tanto en vía pública como en lugares cerrados. Si fuera dentro del propio domicilio, la resolución habilitante tendrá que extender su motivación para el acceso a estos lugares (domicilio).
3º. Que esta medida se diferencia con la interceptación de las comunicaciones en que se realiza en conversaciones directas, en tránsito, en itinerancia física. Además, la captación y grabación de las comunicaciones orales tiene su origen en sede física –abierta o cerrada-, mientras que las de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas tienen su origen en sede electrónica-siempre cerrada-.
Las dos medidas deben integrarse, al fin, entre los denominados «medios de investigación tecnológica» porque ambas precisan, para su interceptación y grabación, de tales medios tecnológicos dónde se intervengan, sustraigan y custodien las conversaciones que la investigada lanza al aire.
Pero esta medida de investigación tecnológica de captación y grabación de las comunicaciones orales directas, resulta invasiva y lesiva para los Derechos Fundamentales reconocidos en el Art 18 de la CE. Así son invasivas para:

- La intimidad personal (Art 18.1)
- El secreto de las comunicaciones (Art 18.3)
- El derecho a la propia imagen (Art 18.1 in fine)
- La inviolabilidad domiciliaria (si se graba en el domicilio. Art 18.2)

Por todo ello, el juez cohonestará adecuadamente los principios que deben vertebrar este tipo de medida de investigación:
El de proporcionalidad, que integra al resto y lo justifica: legalidad, necesidad, idoneidad.

Además, la LECrim, Art 588 quater b, impone los criterios de validez siguientes:
Se grabarán comunicaciones orales y diálogos verbales que tengan que ver con la investigación, pero nunca de forma indiscriminada.
Ámbito Objetivo: La captación y grabación de las comunicaciones orales directas sólo podrán autorizarse cuando los hechos que están investigando sean constitutivos de los siguientes delitos:
1º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión;
2º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o
3º Delitos de terrorismo.
La captación y grabación de las comunicaciones orales directas tan solo podrá autorizarse cuando pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales —una información valiosa, a la vez que fidedigna— y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

Para tomar esta medida se necesita AUTORIZACIÓN JUDICIAL en la que se han de constar –además de todos los extremos exigidos a cualquier resolución judicial limitativa de derechos fundamentales- los siguientes: una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los específicos encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.
Una vez concluidos los encuentros y extinguida la vigencia de la medida, la Policía Judicial habrá de desactivar, de inmediato, todos los dispositivos utilizados y poner a disposición del Juez, el soporte original o copia electrónica auténtica de aquellas grabaciones e imágenes, acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés. El informe identificará, por indicación expresa del art. 588 quater d LECrim, a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

## V. LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, DE SEGUIMIENTO Y DE LOCALIZACIÓN.

**CONCEPTO. Artículo 588 quinquies a. Captación de imágenes en lugares o espacios públicos**.
Esta medida consiste en: "obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos".
La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.
Esta medida se practica siempre en un lugar o espacio público, y por tanto no es tan intrusiva ni lesiva para la privacidad de las personas, a pesar de la imagen. Es por ello que NO PRECISA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, ***pudiendo la Policía Judicial actuar de propia autoridad.***
Aunque hay que tener en cuenta que la privacidad de las personas no se desarrolla exclusivamente en su ámbito físico más íntimo y privado como es el domicilio, pudiendo desarrollar la intimidad personal tanto en la vía pública como en el domicilio.
Eso sí, cuando se tenga que invadir el domicilio o lugar privado asimilable merecerá una protección legal reforzada.

### 2- UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS O MEDIOS TÉCNICOS DE SEGUIMIENTO Y LOCALIZACIÓN.

**Artículo 588 quinquies b.**

> Esta medida requiere AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA, en la que se especificará el medio técnico que va a ser utilizado.

**CONCEPTO.** Consiste en la persecución y ubicación del investigado, durante un período de tiempo relativamente dilatado, gracias a la utilización de dispositivos o medios técnicos adecuados para este fin, como pueden serlo, entre otros, los radiotransmisores, las balizas de seguimiento, las ondas GPS o los mismos drones.

El Juez competente habrá de autorizar, con carácter previo y caso por caso, siempre que concurran poderosas razones de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, la utilización de estos dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, frente al investigado, con especificación —en la misma resolución habilitante— de cuál sea el concreto medio técnico que vaya a ser utilizado.

**RAZONES DE URGENCIA**. Cuando concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación; entonces, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso, por imperativo del art. 588 quinquies b 4 LECrim, en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo.
También existe un deber de colaboración cuyo incumplimiento incurre en el delito de desobediencia.
* **DURACIÓN.** Tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización.
* **PRÓRROGAS.** Excepcionalmente, el Juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida (artículo 588 quinquies c. LECrim).
Cuando se acabe la investigación, la Policía Judicial entregará al juez los soportes o copias auténticas y originales que contengan la información recogida, y será debidamente custodiada para que no pueda ser manipulada ni utilizada indebidamente.

## VI. EL REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN.

**CONCEPTO.** Consiste en "***la extracción de información, relevante para la investigación,*** incorporada en toda suerte de dispositivos de almacenamiento masivo, que pueden serlo, de los actuales y los que están por venir— de los siguientes tipos: ***aparatos electrónicos*** —ordenadores fijos y portátiles—; d***ispositivos electrónicos, sean de naturaleza telefónica*** —iPhone o móviles— ***o telemática*** —iPads o tabletas—; así como ***instrumentos de almacenamiento de información digital*** —pen drives, memorias externas, disquetes, CDs o USBs—; e incluso, ***repositorios digitales o bases telemáticas de datos."***

La LECrim exige para la viabilidad del registro electrónico que exista una AUTORIZACIÓN JUDICIAL EXPRESA o al menos una extensión ad hoc habilitante tanto para el registro físico como para el electrónico.

En este supuesto conviene distinguir entre "entrada y registro domiciliario", de la "entrada y registro electrónico". Ya que l***a entrada y registro domiciliario se focaliza en exclusiva en un escenario físico*** y no comporta la extensión a un "domicilio electrónico".

**El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información** distingue si se hace DENTRO DEL DOMICILIO o se realiza FUERA DEL DOMICILIO

### 1. REGISTRO DENTRO DEL DOMICILIO.

Entrada física y registro físico/electrónico. ***Necesidad de motivación individualizada. Artículo 588 sexies a.***

***Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores,*** instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, l***a resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.***

***La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido,*** sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

**VI.2. REGISTRO FUERA DEL DOMICILIO. Artículo 588 sexies b**

Se requiere la preceptiva AUTORIZACIÓN JUDICIAL esta vez aplicable a aquellos casos en los que l***os ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario***, así como, en su caso, al acceso a repositorios telemáticos de datos, ubicados en lugares tan variados como pueden serlo, entre tantos otros, el de comisión del hecho delictivo; aquél dónde se sorprenda al investigado o a las personas que, con él se relacionen; el sitio público dónde se encuentre el dispositivo, por ejemplo, gracias a la práctica de un leve cacheo; o el mismo interior de un vehículo. En estos supuestos, es altamente improbable que se hubiere previsto, con antelación, la posibilidad de aprehensión de tales instrumentos digitales o herramientas tecnológicas, razón por la que la LECrim admite la validez la autorización judicial emitida con posterioridad a la práctica de la medida. Art 588 sexies b.

En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización.

**URGENCIA. Artículo 588 sexies c.** En caso de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

**DEBER DE COLABORAR**. Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a ***cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria***, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

**Exención**: Esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar ***por razón de parentesco y a aquellas que,*** de conformidad con el artículo 416.2***, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.***

## VII. EL REGISTRO REMOTO SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS.

**CONCEPTO.** **“**La entrada y registro exclusivamente electrónico del equipo informático o dispositivo electrónico del investigado/s o, sin su conocimiento —pues de otro modo carecería de utilidad— y en remoto —esto es, desde la distancia— durante un tiempo determinado —fijado en una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses”.

El elevado nivel de lesividad y hasta agresividad sobre el derecho fundamental a la intimidad virtual de las personas, en su doble dimensión: derecho a la autodeterminación informativa y derecho al

entorno virtual, impone que la LECrim exija: AUTORIZACIÓN JUDICIAL, PREVIA, Y EXPRESA y que sólo se aplique a la investigación de delitos considerados muy graves.

La fórmula que utiliza esta medida consiste en **implantar en remoto** (sin acceso físico, tangible o material) **en cualquier equipo informático, dispositivo electrónico o sistema digital de almacenamiento de datos, del investigado, un software o programa informático** —coloquialmente conocido como un «troyano»—, **que permite acceder, secretamente, a su contenido**, con el evidente objetivo de encontrar ilustrativa información, de primera mano, sobre el hecho delictivo y su/s autor/es.

El Juez competente podrá, pues, autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación del referido software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de alguno de los delitos establecidos en el art. 588 septies a 1 LECrim:

- Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- Delitos de terrorismo.
- Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.
- Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.
- Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

**La AUTORIZACIÓN JUDICIAL para la instalación del software o la realización del registro, deberá especificar:**

- Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida.
- El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información.
- Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.
- La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.
- Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.
- Si la Policía Judicial sospecha que puede haber información almacenada en otro sistema informático, lo pondrá en conocimiento del juez para obtener una ampliación de la autorización.

**Deber de Colaboración.** Los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro están obligados a facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema. Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización.

Las autoridades y los agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia.

Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

Los sujetos mencionados en los apartados 1 y 2 de este artículo si no cumplen con la obligación de colaborar incurrirán en un Delito de Desobediencia.

**Exención de dicho deber:** Esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar **por razón de parentesco,** y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar **en virtud del secreto profesional.**

## VIII. LA ORDEN DE CONSERVACIÓN DE DATOS ARCHIVADOS.

El Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente.

**Plazo Legal de conservación de datos**. Los datos se conservarán, según el art. 588 octies LECrim, durante un periodo máximo de noventa días (90 días), prorrogable una sola vez, hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días (180 días)

# Lección 17 LA PRUEBA ANTICIPADA Y PRECONSTITUIDA. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La fase inicial del proceso penal (fase de instrucción o investigación) integra tres tipos de actuaciones: los actos de **investigación**; los actos **de prueba anticipada y/o preconstituida**; y, los actos de **aseguramiento de las personas** —medidas cautelares personales— **y las cosas** —medidas cautelares reales—.

Los actos de investigación se distinguen de los actos de prueba en tres elementos esenciales: en el momento procesal oportuno, en el objeto y sujetos y en la finalidad.

- Durante la **fase de instrucción o investigación**, **NO** cabe la práctica de la prueba,
- Es en la **fase del enjuiciamiento**, dónde se practica la prueba con la debida inmediación, contradicción, concentración y publicidad, ante el propio Juez de esta fase final del proceso, que es el único autorizado para dictar la sentencia.
- **Excepción** modalidad probatoria: la **prueba anticipada y/o preconstituida**, que ha de practicarse, con las debidas garantías, durante l**a fase de investigación**, ante la fundada previsión de su pérdida —y consiguiente irrepetibilidad— si se espera al momento procesal idóneo para su celebración, que sería el juicio oral.

Se convertirán en **pruebas anticipadas y/o preconstituidas**:

- La realización en la investigación, de todos y cada uno de los actos que resulten idóneos para el esclarecimiento del objeto procesal penal, así como para la localización e identificación de su presunto autor,

- Algunas de estas pruebas serán irrepetibles, lo que conlleva tres inevitables riesgos:

  - la excesiva dilación de esta fase procedimental;
  - la descompensación o desequilibrio de las fases del proceso penal, dónde el primer período, que aspiraba a ser breve se ve agigantado por un extraordinario número de actos de investigación, actos de prueba anticipada y/o preconstituida y actos de aseguramiento de personas y cosas;
  - la posible influencia del resultado de la investigación —liderada por el Juez de instrucción— en la respuesta judicial final —por el Juez o Tribunal enjuiciador—, al término del juicio oral.

A estos tres riesgos, cabe añadir que un buen **número de actos** de investigación celebrados durante la fase de instrucción **se habrán transmutado en fuente de prueba** que convendrá integrar por la vía de la documental, en la fase de enjuiciamiento. Ningún Juez de instrucción, miembro del MF, ni Policía Judicial puede anticipar el resultado de los actos de la investigación, antes de haberlos realizado, por lo que todos ellos resulten, a priori, imprescindibles; y tan sólo después de su realización, pueda dilucidarse cuáles fueron realmente inocuos y cuales, de capital relevancia.

La maximización de las medidas de averiguación de los delitos comporta una inevitable **duplicidad de actuaciones** en el proceso penal: durante la fase de investigación se habrán celebrado no pocos actos de investigación —declaración del investigado, de testigos, de peritos, etc.—, que en la ulterior fase de enjuiciamiento habrán de volver a practicarse.

## II. LA PRUEBA ANTICIPADA.

La prueba anticipada es la **prueba personal** —declaraciones del investigado, testigos y peritos— **excepcionalmente practicadas durante la fase de instrucción del proceso penal**, con todas las garantías procesales, cuando se prevea la imposibilidad de su práctica en el momento procesal oportuno (fase de enjuiciamiento).

La LECrim no establece divergencia alguna entre prueba anticipada y prueba preconstituida.

En el concepto de la «**prueba anticipada**» han de extraerse similitudes y divergencias con su homóloga, la **prueba preconstituida**.

**SIMILITUDES:**

1. **Excepcionalidad fundamentada en la irrepetibilidad de la prueba**, sea **en su origen**, sea **sobrevenida**.

a) Ambos tipos constituyen una **excepción** al principio general de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, en presencia del Juez del enjuiciamiento, bajo los principios de inmediación, contradicción, concentración y publicidad. Se aplicable para todos los casos, con la sola **excepción** de las modalidades probatorias —**prueba anticipada y/o preconstituida**—: *«El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».*

b) Este principio —práctica de la prueba en la fase de enjuiciamiento— no puede erigirse en una máxima general inflexible y carente de excepción, ya que **determinados actos resultan irrepetibles**, ya sea en su origen —muestra de alcohol en sangre en delitos de conducción—; ya sea en su desarrollo posterior —sobrevenida enfermedad física o psíquica que inhabilite al testigo—. No se pueden generar espacios de impunidad por lo este tipo de pruebas constituyen una razonable excepción al principio de la práctica en el juicio oral.

2. Fase de instrucción como **momento procesal** de oportuna celebración.

3. **Finalidad material**, lograr el convencimiento del Juzgador; de ahí que su resultado sirva para fundar la sentencia de condena, tras la oportuna desvirtuación de la presunción de inocencia, o de absolución.

**DIVERGENCIAS:**

1. Es una **prueba personal**, a diferencia de la preconstituida, que no se centra en las personas, sino en las cosas relacionadas con esas personas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado la prueba anticipada con la realizada, en sus distintas declaraciones, por las personas involucradas en el proceso penal: investigado/s —así como co/ investigados—, testigo/s y perito/s.

2. **Peligro de fallecimiento, de pérdida de juicio, de deslocalización o de ausencia** del territorio nacional de las personas que deben ser sometidas a una declaración personal, para el esclarecimiento de los hechos y correlativo descubrimiento de su presunta autoría. El fundamento de la anticipación de la prueba siempre es el mismo: la previsión de su irrepetibilidad.

3. **Celebración con celeridad, inmediación y contradicción**. Ante la previsión de irrepetibilidad de la valoración de la prueba el Juez de instrucción habrá de celebrar la **declaración personal**

**anticipada**, en una audiencia presidida, por los principios de inmediación y contradicción (si se pudiere). *«Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes»* De este aseguramiento de la contradicción dependerá la efectiva determinación e identificación del presunto autor de los hechos susceptibles de investigación, al tiempo de la celebración de dicha anticipada prueba personal, pues dicha exigencia deviene imposible cuando ni remotamente se conoce quién pueda ser el sospechoso.

**La declaración celebrada en la fase de instrucción NO** debiera diferir, en nada, respecto de la que hubiere de practicarse —caso de no existir riesgo de pérdida— **en el período de enjuiciamiento**.

- Su celebración puede practicarse tanto de oficio —cuando el propio Juez prevea la posible pérdida de esa prueba ante alguna reveladora circunstancia dimanante de la investigación— como a instancia de parte.
- Una vez prevista la posible pérdida de esta prueba personal, si no se celebra con inmediatez, resulta evidente que deba practicarse con todas las solemnidades y garantías que informan idéntica prueba en la fase de plenario (derecho de defensa y, especialmente, asistencia letrada) pues, en otro caso, la prueba practicada, a modo de mero acto de investigación, sin dichas elementales garantías, estará irremisiblemente condenada a su nulidad y consiguiente pérdida.

4. **Documentación electrónica o física de la celebración de la prueba personal anticipada**. El art. 777.2.II LECrim dispone que: *«dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el LAJ, con expresión de los intervinientes».* En la actualidad la práctica totalidad de celebraciones de práctica anticipada de la prueba personal sean objeto de grabación para su ulterior visionado.

5. **Incorporación al juicio oral de la prueba personal anticipada** mediante reproducción de la grabación o lectura de la celebración de la prueba personal anticipada. El art. 777. 2. II LECrim así lo indica: *«A efectos de su valoración como prueba 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».*

6. **Reiteración de la prueba personal anticipada** cuando, llegado el acto del juicio, hubiere desaparecido la causa de irrepetibilidad.

a) La prueba personal anticipada se celebra sobre la base de una presunción de irrepetibilidad, por lo que ante la reveladora posibilidad de su reiteración resulta claro que dicha prueba habrá de reiterarse, quedando anulada la practicada con antelación.

b) Su pérdida de validez no comporta su correlativa inutilización, el Juez del enjuiciamiento puede analizar los paralelismos o disimilitudes entre una y otra declaración, al objeto de ampliar su información. Incluso puede pedir explicaciones respecto de las incoherencias, contradicciones y discrepancias, del mismo sujeto, entre unas declaraciones —las vertidas en la fase de la instrucción— y otras —las manifestadas en el período probatorio del enjuiciamiento—.

## III. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA.

La **prueba preconstituida** es la prueba material — nunca personal— excepcionalmente cebrada en la fase de instrucción, con las debidas garantías, ante el riesgo de pérdida debido a su irrepetibilidad, por causas diversas, en el ulterior período de enjuiciamiento.

**Las notas comunes con la anticipada:** la excepcionalidad de su práctica, su celebración en la fase de instrucción y su finalidad de fundar una sentencia de condena y/o absolución.

**Notas específicas,** no coincidentes con las de la anticipada, son las siguientes:

1. **Es una prueba material, técnica u objetiva y no personal o subjetiva**, versa sobre elementos materiales o técnicos objetivos (examen de vestigios, muestras, huellas, comunicaciones, registros o, incluso, reconocimientos) y nunca sobre declaraciones subjetivas personales.
2. **Imposibilidad de reiteración en el plenari**o, ya sea por causas originarias, ya lo sea por causas sobrevenidas.
3. **Celebración como acto de investigación que adquiere valor probatorio**. No se celebra, a diferencia de la anticipada, como una prueba en sentido estricto, conforme a todas sus solemnidades formales y exigencias procesales, sino como un acto de investigación que adquiere valor de prueba.
4. **Atribución de la dirección de la prueba al Juez de instrucción, al MF y/o a la Policía Judicial.** La celebración con arreglo a las reglas procedimentales de los actos de investigación —que, posteriormente, podrán adquirir valor probatorio— y no conforme a un típico mecanismo probatorio *per se*, comporta que su dirección pueda atribuirse a cualesquiera de los órganos públicos del Estado autorizados para liderar dichas diligencias instructoras.
5. **Introducción al juicio oral con las debidas garantías de inmediación, contradicción, concentración y publicidad**. La introducción de la prueba preconstituida en la fase de plenario no responde a un procedimiento único, sino que dependerá, caso por caso, de la modalidad investigadora que, ulteriormente, será susceptible de transmutarse en fuente de prueba.

Así, las diligencias de investigación habrán de celebrarse: conforme a las exigencias legales establecidas para el procedimiento en que deban enmarcarse e introducirse en el plenario, conforme a diversas formas, de acuerdo a sus especiales características. La viabilidad de la introducción, en la fase de enjuiciamiento, de un acto de investigación, que aspire a adquirir valor probatorio, se hará depender, pues, de dos condiciones indispensables:

- la acreditación de su celebración —en la fase de instrucción— conforme al procedimiento legalmente establecido, revestido de las garantías dimanantes del derecho de defensa — contradicción, comprensión, presencialidad y defensa letrada durante su ejecución en el origen—, en presencia del órgano público del Estado comprometido: Juez de instrucción, MF o Policía Judicial;
- y de su introducción al juicio oral, con la debida inmediación, contradicción y publicidad.

## IV. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

La prueba personal anticipada y la prueba material preconstituida constituyen las únicas excepciones a la práctica de la prueba, que ha de realizarse, siempre y en todo caso, en la fase de juicio oral, enjuiciamiento o plenario.

Tan sólo en ese momento se pueden garantizar los principios inspiradores de la actividad probatoria. Ello no significa que estos elementales principios no sean orientativos de la práctica de este tipo de pruebas. La prueba personal anticipada tan sólo resultará válida cuando se haya celebrado conforme a los principios de inmediación, contradicción, concentración y publicidad. Del mismo modo, los actos de investigación material celebrados en la instrucción tan solo gozarán del valor de prueba material preconstituida cuando se hubieren celebrado con escrupulosa observancia de las garantías legalmente establecidas.

El cumplimiento de estas garantías no siempre es posible, por muy diversas razones:

- La prueba personal anticipada puede discurrir en un tiempo tan remoto que ni tan siquiera se haya determinado, ni mucho menos identificado, al presunto autor del hecho delictivo.
- La práctica de la prueba no puede esperar, pues el declarante se encuentra un una situación límite, de la que puede inferirse, con alta probabilidad, la pérdida de dicha trascendente prueba, si no se celebra con inmediatez (peligro de muerte, afectado por una enfermedad grave e irreversible que minora sus facultades intelectivas y de autogobierno, ha de trasladarse a vivir a otro país, etc.), pero resulta evidente que la prueba celebrada en ausencia del investigado puede estar orientada por los principios de inmediación y concentración, pero no por los de contradicción y publicidad.
- Un gran número de actos materiales de investigación adquirirán el valor de prueba preconstituida, a pesar de haberse celebrado sin la referida inmediación judicial,
    - bien sea por tratarse de diligencias fijas (grabaciones dimanantes de la videovigilancia), bien sea por ser actuaciones típicamente policiales (registro corporal externo o «cacheo»),
    - bien porque imponderables razones de urgencia imposibilitan que dicha actuación mantenga su eficacia originaria con el paso del tiempo (control de alcoholemia y sustancias estupefacientes);
    - bien porque el inexorable paso del tiempo mermaría su potencialidad verificadora (reconocimiento fotográfico y reconocimiento en rueda);
    - bien por una adecuada estrategia procesal (entrada y registro domiciliario o intervención de las comunicaciones.

No se puede renunciar a este tipo de pruebas, por lo que los actos de prueba personal anticipada *proprie dicta* y los de investigación material servirán para desvirtuar la presunción de inocencia, como si de los actos de prueba practicados en la fase de enjuiciamiento se tratase.

## 1. PRINCIPIO DE ORALIDAD.

Goza de reconocimiento constitucional y comporta según el art. 120.2, CE que «el procedimiento será predominantemente oral, especialmente en materia criminal». En los mismos términos se expresa la LOPJ, cuando dispone, en su art. 229 que «las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación».

Este mandato constitucional habrá de proyectarse sobre todas las franjas cronológicas del proceso penal, dónde sea posible realizar las actividades procedimentales con oralidad como la fase de enjuiciamiento, dónde se celebra la práctica de la prueba, conforme a este principio.

- Existen otros actos en los que ha de imponerse su opuesto —el principio de la escritura—, pues determinadas actuaciones procesales, tanto de las partes —escritos de iniciación (denuncia y/o querella) y de calificación—; como del propio Juez —autos de procesamiento o la sentencia— han de ser escritos, pues precisan una fijeza, permanencia y seguridad jurídica, que la oralidad no garantiza.
- Existen otros actos que también han de expresarse por escrito: porque deban, como sucede con la prueba personal anticipada —cuando se custodia en un documento físico (acta) o en un soporte electrónico (grabación) y la preconstituida (que se introducirá, generalmente, en el enjuiciamiento por vía documental)—; o, incluso, por su propia naturaleza, como es el caso de las pruebas documentales o periciales.

Pero fuera de estos casos, que han de originarse y/o custodiarse de forma escrita, el resto del proceso penal ha de discurrir de forma oral.

La prueba anticipada **ha de custodiarse en un documento** —sea físico, sea electrónico— pero no puede quedar celebrada en forma exclusivamente oral, sin el menor soporte material, que permita acreditar su adquisición, conservación, custodia y «mismidad».

Una vez celebrada, en la instrucción, esta prueba habrá de custodiarse en un **soporte material —físico o electrónico—** que permita su correcta introducción en el juicio oral: en el plenario será siempre verbal, por cuánto, incluso la de procedencia escrita, habrá de ser leída, con oralidad, en dicha fase. LECrim, en su art. 714 *«cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes»* y 730 *«podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección».*

**El informe pericial** es una prueba de construcción escrita en su origen, pues los peritos han de expresar sus conclusiones científicas, artísticas o técnicas, respecto del material examinado, en un escrito, pero ello no comporta que deba considerarse una prueba íntegramente escrita, pues, una vez entregado este escrito, habrán de intervenir oralmente en el acto del juicio. LECrim art. 724: *«los peritos que no hayan sido recusados serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos, y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan».*

**Los informes finales** son también verbales, al igual que la última palabra, siempre otorgada al acusado, siempre que desee hacer uso de este derecho fundamental, con inmediata antelación a dejar visto el juicio para sentencia.

## 2. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

Supone que **el único Juez autorizado para dictar una sentencia** con fundamento en la prueba practicada en un determinado proceso **es el Juez que ha presenciado, de manera directa, activa e inmediata, esa prueba**. La labor judicial del enjuiciamiento ha de venir precedida del examen proactivo, dinámico e innovador de la prueba con base en cuyo resultado fundará la sentencia de condena o absolución.

El principio de inmediación está siendo objeto, en el momento presente de una profunda transformación, por cuanto la implementación de las TICs en el ámbito judicial y la imprescindible digitalización de la Justicia está suponiendo el inevitable desplazamiento de la tradicional inmediación física en favor de otra inmediación electrónica.

La LECrim, en su art. 731 bis, indica que *«el **Tribunal, de oficio o a instancia de parte**, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, **podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia** u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido».* Y la LOPJ, art. 229.3, establece que las **declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos**, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas *«podrán **realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar** que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o tribunal. En tales casos, el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo».*

## 3. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

Es un principio **estructural de todo proceso judicial**, no sólo del orden penal, sino de cualquier orden jurisdiccional. Presupone que **en todo proceso judicial debe haber dos partes en conflicto o contradicción**:

- si las posiciones fuesen pacíficas, armoniosas o consensuadas, entonces, directamente, no habrá proceso —con las escasas excepciones del proceso civil de derechos solicitados de mutuo acuerdo, como procesos consensuales de separación y/o divorcio;
- o los expedientes de Jurisdicción voluntaria, dónde no hay la menor oposición, por ejemplo, el de adopción—.

La **contradicción del proceso,** dónde se dilucidan bienes, derechos o intereses privados **(civil) difiere** de este otro **proceso (penal)** dónde se examinan bienes, derechos e intereses públicos, por cuánto el *ius puniendi* tan sólo corresponde al Estado. **NO** resulta preciso, ni para la iniciación, ni para el mantenimiento hasta el término, del proceso penal, que exista una acusación particular, popular o, en su caso, privada; pues la acusación pública —el MF— se ocupará, por razón de su profesión, de mantener activa esta contradicción con independencia de cuál sea la voluntad individual y propia de los demás potenciales acusadores.

Sin perjuicio de la relevancia del principio de contradicción, no podrá instaurarse sin una acusación previa **desde el mismo inicio del proceso penal.** Este principio alcanza su máximo apogeo en la fase de enjuiciamiento, pues aquí es dónde se desarrolla el verdadero debate contradictorio, en el que las partes podrán, gracias al enfrentamiento dialéctico, tanto defender las pruebas favorables, como refutar las adversas, en su compleja tarea de lograr el convencimiento del Juez, respecto de la veracidad de los hechos por resultar reveladora de la culpabilidad o inocencia.

**Los procesos penales** —a diferencia de los civiles— **no podrán ser celebrados en ausencia de la parte pasiva,** en este caso, el investigado, con la sola excepción contemplada en el art. 786.1. II LECrim: *«La **ausencia injustificada del acusado no será causa de suspensión** del juicio oral **si el Juez o Tribunal**, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, **estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento**, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años».*

## 4. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN.

Supone que **todas las sesiones celebradas en el proceso habrán de celebrarse**, de ser posible, **en unidad de acto**; y de no ser posible dicha unidad de acto, en un **breve período de tiempo**. LECrim, art. 749 I y II: *«cuando haya de prolongarse indefinidamente la suspensión del juicio, o por un tiempo demasiado largo, se declarará sin efecto la parte del juicio celebrada. Lo mismo podrá acordar el Tribunal si la preparación de los elementos de prueba o la sumaria instrucción suplementaria exigiere algún tiempo».*

El **paso del tiempo provoca un efecto muy pernicioso** en el mantenimiento del recuerdo, imprescindible para la valoración conjunta de toda la prueba:

- en un buen número de ocasiones la sentencia no podrá fundar la condena y habrá de mantener la absolución precisamente por la fragilidad de la única prueba de cargo existente al tiempo del enjuiciamiento;
- si ésta debilitada prueba viniere a reforzarse con otra que apunte en idéntico sentido, entonces ya podría desvirtuarse, con el debido fundamento probatorio, la presunción de inocencia.

De ahí que sea conveniente, que deba el Juez provocar su concentración y establecer un límite cronológico a la validez, LECrim, respecto del procedimiento abreviado, art. 788.1: *«La práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días conservando su validez los actos realizados».*

## 5. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

El art. 680 de la LECrim, **recoge que *«los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad».*** Este principio no es absoluto. Su f**undamento** ha de encontrarse en el **control público** de las más relevantes **actuaciones judiciales:** las sesiones previas a las sentencias penales, pero frente a este control social, se alzan no pocos derechos, de las víctimas y de los victimarios, al honor, a la privacidad, a la intimidad y a la propia imagen, entre otros.

La LECrim establece unos razonables límites a este relevante principio general de la publicidad.

1. El Juez o Tribunal podrá, acordar —de oficio o a instancia de cualquiera de las partes—, previa audiencia a las mismas, que **todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada**, cuando así lo exijan **razones de seguridad u orden público**, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. Sin embargo, el Juez o, en su caso, el presidente del Tribunal podrá autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa.

   Esta restricción **no resulta extensible a las partes procesales**: al MF, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores, pues la publicidad que el Juez o Tribunal puede combatir, siempre por aquellas justificadas razones, es la publicidad absoluta —esto, es la que se dispensa a toda la sociedad—; nunca la relativa —que corresponde, siempre y en todo caso, a las partes—.

2. El **Juez o Tribunal también podrá acordar**, conforme LECrim, art. 681.2, la **adopción de las siguientes medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares**:
   - prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección;
   - la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares.
   - Queda prohibida la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

3. Finalmente, **el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibi**r que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes. Podrá (art. 682 de la LECrim):
   - prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas;
   - prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan;
   - y prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.

# Lección 18 MEDIDAS CAUTELARES PENALES Y RESOLUCIONES PROVISIONALES. LA DETENCIÓN. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

## I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL.

### 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

1) Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia.
2) Con el fin de evitar que el imputado ocultarse a la actividad de la justicia o alzar sus bienes, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia.
**3)** Son las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse en el curso de un procedimiento penal contra el imputado por un delito de tal gravedad que haga presumir su riesgo de fuga o su ocultación personal o patrimonial, **por las que se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes** con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia.

### 2. PRESUPUESTOS.

Del enunciado concepto merecen destacarse, como presupuestos de las medidas cautelares, el «*fumus boni iuris*» y el «*periculum in mora*».

a) ***«Fumus boni iuris»*** o apariencia y justificación del derecho subjetivo en el proceso penal estriba en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada.
   - presupuesto material de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es, pues, la imputación.
   - sin imputado no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares, bien sean personales o reales.

b) **«*Periculum in mora*»** o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento viene determinado por el «peligro de fuga» o de ocultación personal o patrimonial del imputado.
   - este peligro de evasión del imputado se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave.
   - en nuestro procedimiento penal ofrezca un marcado carácter cuantitativo.
   - si el hecho punible no lleva aparejada pena privativa alguna o puede en el futuro beneficiarse el condenado de la suspensión de la pena, habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga, por lo que decaerá la necesidad de la medida cautelar.

**Otros criterios** a tomar en cuenta:
   - la existencia o no de «antecedentes penales»
   - el arraigo familiar y social del imputado las características del hecho punible.

## 3. ELEMENTOS.

### A) Jurisdiccionalidad.

- Conforme al elemento de jurisdiccionalidad, las medidas cautelares, tan sólo pueden ser adoptadas por el **órgano jurisdiccional competente**.
- **Excepcionalmente** determinadas medidas cautelares «provisionalísimas», tal y como acontece con la detención, pueden ser dispuestas **por la policía.**
  - tal facultad no deriva de potestad administrativa alguna, sino que se trata de un acto que realiza la autoridad gubernativa, en su calidad de policía «judicial», «a prevención» y en función del correspondiente y ulterior procedimiento penal.
  - ha de ser o no confirmada por una medida menos interina, cual es la libertad provisional o la prisión provisional, cuya adopción tan sólo compete al Juez de Instrucción.

### B) Instrumentalidad.

- las medidas cautelares son **instrumentales** o han de estar **supeditadas** a un proceso penal en curso.
- han de estar **preordenadas a un proceso penal** sin que pueda la Administración imponer una medida autónoma limitativa del derecho a la libertad (por prohibirlo expresamente el art. 25.3 CE),
- han de **disponerse** en el curso de **un proceso** «con todas las garantías»
- habrán de **finalizar** necesariamente con **dicho proceso**, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas.
- es indiferente que el procedimiento acabe mediante sentencia o auto de sobreseimiento.

### C) Provisionalidad.

- las medidas cautelares son **siempre provisionales**
- Como **máximo** han de durar el tiempo en que **permanezca pendiente el proceso principal**;
- con anterioridad a dicho término, **pueden finalizar o transformarse** en distintas medidas, si se modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción.
- Están sometidas a la **regla «*rebus sic stantibus*»**. (tan sólo han de permanecer en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado).
- determinadas medidas son **temporales:** el legislador ha querido establecer **unos plazos** máximos de duración.
  - la detención o prisión provisional, que, al incidir en el derecho fundamental a la libertad, el constituyente ha querido (art. 17.3 y 4 CE) que su duración esté condicionada a la observancia de plazos previos y determinados, cuya infracción posibilita la interposición del recurso de amparo.

### D) Homogeneidad.

- las medidas cautelares son **homogéneas, aunque no idénticas**, con las medidas **ejecutivas** a las que tienden a preordenar (y de aquí que al preso preventivo no se le pueda imponer el mismo régimen que los penados).
- el **tiempo de prisión provisiona**l haya de computarse en la **ejecución de la pena** (art. 58 CP).

## II. LAS RESOLUCIONES PROVISIONALES.

### 1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO.

- Las resoluciones provisionales penales constituyen una nueva categoría de **actos coercitivos** del Juez
- son **limitativos de determinados derechos fundamentales** del imputado mediante los cuales se le ocasiona el surgimiento de determinadas obligaciones procesales tendentes a garantizar el cumplimiento de los fines del proceso penal, cuales son:
  - la aplicación del «ius puniendi» del Estado
  - la tutela de la víctima y
  - su propia reinserción social.
- Las resoluciones **provisionales se asemejan** a las medidas **cautelares** en la medida en que comparten la inmensa mayoría de sus presupuestos y requisitos esenciales, antes enunciados,
- **La principal diferencia** es en que en las resoluciones provisionales está ausente la nota de la homogeneidad, pues las prestaciones, a cuyo cumplimiento se requiere al imputado,
  - no sirven para garantizar el futuro cumplimiento de la condena,
  - no están dirigidas a asegurar la futura comparecencia del acusado en el juicio oral.

### 2. DETERMINACIÓN.

Dentro de esta categoría de actos procesales penales, pueden incluirse:

a) Las prohibiciones de **residir o de acudir a determinado lugar**, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, así como la de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas ex art. 544 bis LECrim.
b) La **orden de protección para las víctimas de violencia** doméstica ex art. 544 ter LECrim.
c) La **prisión provisional** cuando tenga como finalidad evitar:
   1º) la ocultación, la alteración o destrucción de las fuentes de prueba;
   2º) evitar que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de las víctimas, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP o
   3º) evitar el riesgo de reiteración delictiva (art. 503.1. 3º, c) y art. 503.2 LEcrim).
d) La **suspensión provisional de la función o cargo público** del procesado en situación de prisión provisional y sospechoso de pertenecer a una organización terrorista (art. 384 bis LECrim).
e) La clausura temporal de los locales o establecimientos, la **suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial de una sociedad.** (art. 129.3 en relación con el art. 33.7 CP)

## III. LA DETENCIÓN.

### 1. LA DETENCIÓN POR LOS PARTICULARES.

#### 1. Concepto y notas esenciales.

- esta modalidad de detención constituye una **facultad que asiste a todo ciudadano consistente en privar de la libertad deambulatoria a otro,** en los casos de:
  - **delito flagrante o**

- **de fuga o rebeldía del imputado o condenado,**

**dando cuenta inmediata de dicha detención a la autoridad o**
**poniendo inmediatamente a disposición de ella al detenido**.

- el sujeto activo de la restricción de libertad es un **ciudadano**.
- es indiferente que el autor de la detención sea un funcionario de policía, esto es, en su calidad de particular.
- la detención por particulares se caracteriza por tratarse de una **facultad,** (art. 490 LECrim: «*cualquier persona puede detener*…»),
  - deber cívico de denunciar los delitos
  - deber de colaborar con la justicia
- la detención policial, que constituye una **obligación** (art. 492: «*la autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener*…»).
- Según el casuismo de la LECrim, sus siete supuestos, reflejados en el art. 490 LECrim, son reconducibles a **dos:**

  a) en caso de «**delito flagrante**» (art. 490.1º y 2º LECrim)

  b) en los casos de **fuga o rebeldía** del detenido, preso o condenado (art. 490.3º-7º).

- El objeto de la detención se reduce exclusivamente a **poner inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o policial al detenido**.
- la LECrim parece otorgar al particular y a la policía un **plazo común de 24 horas para la entrega judicial del detenido,**
- en el caso de que sea un particular el autor de la detención, ningún precepto de la Ley le autoriza a realizar diligencia alguna de investigación o identificación sobre la persona del detenido, razón por la cual la «retención» del detenido sería constitutiva de un delito de **detención ilegal.**
- El art. 491 LECrim obliga al autor de una detención a justificar al detenido (si éste lo exigiere) los motivos que tuvo para estimar que estaba incurso en los supuestos que autorizan la detención, contemplados en el art. 490 LECrim.
- Si no concurrieran tales motivos, y aun cuando el particular presentara inmediatamente al detenido a la autoridad, incurrirá en el delito de detención ilegal previsto en el art. 163.4 CP.

## 2. LA DETENCIÓN POLICIAL.

### A) Concepto y notas esenciales.

- Por detención policial cabe entender **el acto procesal de los funcionarios de la policía judicial consistente en la limitación provisional del derecho a la libertad del sospechoso de la comisión de un delito sobre el que exista peligro de fuga durante el tiempo indispensable**
  - dentro del plazo previsto en la Ley para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio,
  - poniéndolo en libertad o a la inmediata disposición de la autoridad judicial.

#### a) Sujetos:

- **los funcionarios de la policía judicial** (arts. 29-36 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LFCSE, en lo sucesivo) y

- demás **Autoridades a quienes el ordenamiento expresamente autoriza** a practicar detenciones y efectuar las «diligencias policiales de prevención».
  - ***al Ministerio Público***, a quien el art. 5.2.I «in fine» del EOMF expresamente legitima para ordenar la «detención preventiva».
  - ***el MF***, aunque sea un órgano imparcial colaborador de la Jurisdicción, no es Autoridad Judicial, ni puede adoptar disposiciones limitativas del ejercicio de los derechos fundamentales, la detención que pueda disponer ha de regirse por los arts. 492-496 LECrim y no por los relativos a la detención judicial (arts. 497-501 LECrim).
  - los funcionarios de la Administración Penitenciaria, toda vez que forman parte de la policía judicial (art. 283.7º LECrim) y pueden practicar diligencias de prevención con escrupuloso respeto a las garantías del detenido.

**b) Naturaleza:**

- constituye el ejercicio de una «obligación» (art. 492.1º LECrim), que les viene impuesta por su especial misión de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores (art. 282 LECrim).
- su naturaleza jurídica se trata de:
  - una medida cautelar, realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación,
  - preordenada a garantizar la futura aplicación del «*ius puniendi*» y,
  - de modo inmediato, a proporcionar al Juez de Instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación del sumario y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional.

**c) Objeto:**

- el ordenamiento faculta a la policía para practicar las «diligencias de prevención» y culminar el «atestado» (arts. 292 LECrim),
- tales funcionarios pueden realizar determinadas diligencias en el curso de la detención,
- lo que la convierte también en un acto de investigación indirecto, en tanto que posibilita la práctica de actos de investigación, tales como:
  - el interrogatorio
  - el reconocimiento del detenido.

**d) Modalidades:**

- Toda detención policial conlleva, pues, una privación de libertad dirigida:
  - al aseguramiento del imputado
  - a la investigación del hecho y la de su autoría.
- Nos encontramos ante una detención típica o de las contempladas en la LECrim,
- deben considerarse detenciones y, por tanto, son aplicables a ellas las garantías constitucionales y procesales, las que se realicen con la finalidad de identificación de las personas, cuando no fuera posible su identificación por cualquier medio o si la persona se negase a identificarse (art. 16 LOPSC).
- **no se consideran detenciones las interrupciones momentáneas de la libertad deambulatoria**, tales como:
  - las derivadas de los controles de alcoholemia,
  - los «cacheos»
  - las resultantes de las inmovilizaciones de vehículos.

**B) Presupuestos.**

**Los presupuestos de la detención son los propios de las medidas cautelares:**

- **imputación (**o «*fumus boni iuris*») y
- peligro de fuga (o «*periculum in mora*»).

## a) Imputación:

- la detención policial queda legalmente condicionada a que el detenido se encuentre en alguno de los supuestos del art. 490 de la LECrim (vide el art. 492.1º que remite a la detención de particulares) o del art. 492 LECrim.

*Artículo 490.*
*Cualquier persona puede detener:*

- *1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.*
- *2.º Al delincuente in fraganti.*
- *3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.*
- *4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.*
- *5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.*
- *6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.*
- *7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.*

*Artículo 492.*

*La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:*
*1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.*
*2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código penal superior a la de prisión correccional.*
*3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.*
*4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:*
*1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.*
*2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.*

- El examen de todos y cada uno de tales supuestos revela un mismo común denominador: **la detención policial exige, como presupuesto material previo, la existencia de un título de imputación (condena, rebeldía, procesamiento o evidente participación en un hecho punible) contra una persona determinada**.
- Sin imputación previa no existe detención legal, por lo que el funcionario que incumpliera este requisito incurre en la responsabilidad penal del tipo de detenciones ilegales arbitrarias, sancionado por el art. 167 del CP

### B) PELIGRO DE FUGA:

- es necesario que la imputación sea:
  - de un hecho punible que revista especial gravedad (pena de prisión superior a 3 años)
  - aun sin tenerla, pueda el funcionario de policía, partiendo de los antecedentes del Limputado o de las circunstancias del hecho, presumir que éste se sustraerá a la actividad de la justicia (art. 492. 2º a 4º LECrim).
- «no se podrá detener por delitos leves, exceptuándose el supuesto de:

- que el imputado carezca de domicilio conocido y
- no cubra la fianza impuesta por la autoridad que intente detenerle.

**C) El plazo de la detención**.

**a) Plazo ordinario**

- Dispone el art. 17.2 CE que «*la detención preventiva* ***no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones*** *tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el* ***plazo máximo de 72 horas****, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*».
- naturaleza «provisionalísima» de la detención, dicha medida cautelar no puede durar más del tiempo necesario para «el esclarecimiento de los hechos».
- por «esclarecimiento de los hechos» hay que entender la práctica de aquellos actos de investigación propios de las diligencias policiales, que, de conformidad con lo previsto por el art. 520 LECrim, son exclusivamente estos 2:
  - el reconocimiento de identidad y
  - la declaración del detenido.
- practicadas tales diligencias de carácter urgente la autoridad policial ha de poner en libertad o a disposición judicial al detenido, sin que la Constitución otorgue derecho alguno a la policía a dilatar más allá la detención, ni mucho menos le autorice a agotar el plazo previsto en dicho precepto o en la legislación ordinaria.
- en el hipotético supuesto de que los tales funcionarios no hayan podido concluir las referidas diligencias, la detención policial no podrá durar **nunca más de 72 horas,** debiéndose **reflejar en el atestado el lugar y hora:**
  - de la detención y
  - de la puesta a disposición de la autoridad judicial o, en su caso,
  - de la puesta en libertad (art. 520.1 LECrim).

**b) Plazos extraordinarios:**

- **En el estado de excepción**, el art. 16 de la LO 4/1981 autoriza a la autoridad gubernativa a detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden público, siempre que, cuando menos, existan sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. En tal supuesto, la detención puede alcanzar los 10 días.
- **En los supuestos de terrorismo** dicho plazo puede llegar a 5 días (art. 520 bis LECrim).

**D) Régimen jurídico: garantías y derechos de los detenidos.**

La detención posibilita la realización por la policía de importantes actos de investigación sobre el detenido, tales como:

- su reconocimiento e identificación y
- el interrogatorio policial, que deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación o patrimonio,

Estando obligados quienes la acuerden y los que se encarguen de practicarla, así como de los traslados posteriores de velar por los derechos constitucionales:

- al honor,
- la intimidad e
- imagen del detenido (art. 520.1 LECrim).

La propia Constitución y los arts. 118 y 520 LECrim arbitran toda una serie de garantías que han de hacer posible, ya en este estadio, **el derecho de defensa** y cuyo nacimiento surge desde el mismo momento en que la detención se practica, esto es, desde el mismo instante en que se le priva de la libertad deambulatoria al ciudadano: *«toda persona detenida será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata de los hechos que se le atribuyen y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten…».*

**a) Derecho a ser informado de las razones de la detención**

- el art. 17.3 CE, se le habrá de informar al detenido «*de las razones de su detención*».
    - *«los hechos que se le imputan (*hechos punibles», por lo que la policía ha de comunicarle el hecho «histórico» punible y realizar sobre él una mínima calificación e ilustración de la norma penal infringida, sin que dicha calificación pueda vincular, en modo alguno, al órgano jurisdiccional)
    - *las razones motivadoras de su privación de libertad*». (derecho «a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación» del art. 6.3º. a del CEDH, obligación de informar a la persona detenida «*en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, los motivos de su detención y cualquier acusación formulada contra ella*»)
- tal puesta en conocimiento debe ser «de forma inmediata» para la posibilitar la defensa privada o autodefensa del imputado
- ha de realizarse en todo caso con anterioridad a su interrogatorio, a fin de que el detenido pueda contestar la imputación sobre él existente.
- la exigencia de que se realice en un lenguaje sencillo y accesible,
- **se adaptará la información**
    - a la edad del destinatario,
    - su grado de madurez,
    - discapacidad y
    - cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

**b) Derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo:**

- los derechos fundamentales del art. 24.2 CE aparecen también consagrados en ese catálogo de los derechos instrumentales del defensa que contiene el art. 520.2 LECrim.
- Tratándose de un derecho fundamental, *Derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo*, que puede ocasionar indefensión material, la **vulneración de este precepto incide en la presunción de inocencia** haciéndose acreedora la declaración con la omisión de esta obligación de la prueba de valoración prohibida, y ello con efectos directos o no reflejos.
- No infringe, la obligación que gravita sobre los conductores de someterse a la realización de una prueba de aire expirado, porque los métodos alcoholimétricos son neutros y no vulneran la presunción de inocencia; es decir, sirven tanto para acreditar la no ingestión, como la existencia de alcohol en el cuerpo humano.

**c) Derecho a la intervención del abogado defensor:**

- la LECrim, confiere al detenido el derecho a designar abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno del turno de oficio a fin de que presten su asistencia en la detención sin demora justificada, sin que se le pueda efectuar recomendación alguna más allá de informarle de su derecho.

- Tras **la reforma** operada por la LO 5/2015, el art. 520.5 LECrim ha reducido **el plazo para la presentación del Abogado de oficio a la Comisaría de 8 a 3 horas** desde la recepción del encargo, estableciéndose que, si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exacción de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.
- Una vez designado el Abogado, ostenta el detenido el derecho a comunicarse libremente con él sin que se le pueda prohibir al investigado comunicar incluso supuestos secretos oficiales a su Abogado.
- la intervención del defensor se ciñe:
  - al interrogatorio policial,
  - a los reconocimientos de identidad y
  - de reconocimiento de los hechos en los que participe el detenido
- El régimen de tal intervención no es activo (no se le autoriza al Abogado a formular directamente preguntas al detenido), pero tampoco es el del «convidado de piedra»:
  a) puede solicitar que se le informe al detenido de sus derechos y que se proceda, si fuera necesario, a su reconocimiento médico;
  b) le asiste los derechos a entrevistarse reservadamente con el detenido con anterioridad a su declaración, a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención (art. 520.2 d) LECrim), incluido el atestado policial salvo declaración de secreto;
  c) a informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten y,
  d) una vez finalizado el interrogatorio por la policía, puede solicitar la ampliación del interrogatorio, hacer consignar en el acta cualquier incidencia (incluso negarse a suscribir el atestado, si observara alguna anomalía).

El TEDH ha señalado:

- que el derecho a la asistencia de un Abogado tiene un carácter práctico y efectivo, y no puramente teórico, y
- que su ejercicio no debe ser tributario del cumplimiento de condiciones excesivamente formalistas: corresponde a los tribunales el asegurar el carácter equitativo de un proceso y velar en consecuencia para que un Abogado, que evidentemente asiste para defender a su cliente en ausencia de éste, tenga la ocasión de hacerlo.

### d) Derecho a la notificación de la detención

- El art. 520.2.e) LECrim confiere **al detenido** la **facultad de exigir de la policía que se le comunique al familiar o persona que determine la existencia de la detención y el lugar de custodia**. («…*se le informará* (al detenido) *del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención*».)
- gran relevancia práctica cuando pretenda ejercitarse un eventual «*habeas corpus*» (art. 4 LO 6/1984), ya que, aun cuando al detenido le asista este derecho, su eficacia práctica depende de un familiar que lo ejercite, para lo cual necesita conocer tanto de la existencia como el lugar de la detención.
  - si el sujeto pasivo de la detención fuere un menor o, en general, cualquier persona que tuviera su capacidad modificada judicialmente habrán de notificarse tales extremos a los representantes legales del menor y al MF.

- Si se tratara de un extranjero, el hecho de la detención ha de ser comunicada a la oficina consular de su país, permitiéndosele su comunicación

- Dicho derecho **no les asiste a los detenidos en régimen de incomunicación**, pero sí les asiste el derecho a que su detención se comunique a la autoridad judicial, al MF y al Médico forense.

**e) Derecho a ser asistido por intérprete gratuito:**

- Si el detenido no conociere el idioma español, la ilustración de la imputación, así como la totalidad de su interrogatorio habrá de realizarse mediante la intervención de un intérprete conocedor de «una lengua que comprenda».
- a toda persona a quien se atribuya un hecho punible se le instruirá, sin demora injustificada, del «*derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127*», preceptos que desarrollan los derechos que asisten a los imputados:
  - que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación,
  - así como a las personas con discapacidad sensorial y que han sido introducidos por la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim y la LOPJ para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y a la 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.

**f) Derecho a ser reconocido por el médico forense**

- Toda persona detenida tiene derecho a ser reconocido:
  - por el médico forense o su sustituto legal y,
  - en su defecto, por el de la institución en que se encuentre,
  - o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas (art. 520.2 i) LECrim).
- adquiere singular relevancia en los supuestos de «tortura»,
- no se excluye naturalmente el que pueda designar el Juez (arts. 456 y ss. LECrim) como consecuencia de la incoación del procedimiento penal para la determinación de ese nuevo hecho o del correspondiente procedimiento de ***«habeas corpus».***
- En tales casos, puede personarse el Juez de Instrucción en las dependencias policiales, en cuyo caso:
  - cesarán inmediatamente las diligencias de prevención y
  - se pondrá al detenido a disposición judicial (art. 286 LECrim),
  - o podrá el Juez requerir la «manifestación» del detenido (art. 7. 1º LO 6/1984).

**E) Especialidades en la detención en materia de terrorismo.**

Consistentes en la ampliación del plazo de la detención policial y en la adopción del régimen de incomunicación.

**a) El plazo de la detención en terrorismo:**

- su fundamento constitucional en el art. 55.2 CE, permite que, de forma individualizada, con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, pueda suspenderse el plazo constitucional de 72 horas de la detención preventiva, previsto por el art. 17.2 de la misma CE.
- En la actualidad, pues, el plazo común de la detención policial en materia de terrorismo es de 72 horas, pudiéndose prolongar dicha detención por otras 48, es decir, hasta **un total de cinco días**, si:
  - la policía solicita al Juez esta prórroga dentro de las primeras 48 horas de la detención,
  - se justifica objetivamente «para los fines investigadores» y

- el Juzgado Central, que es el competente en materia de terrorismo, autoriza dicha prórroga mediante resolución motivada en las 24 horas siguientes.

**b) La incomunicación de terroristas detenidos:**

- El detenido, al que le sea de aplicación lo dispuesto en el art. 520 bis LECrim, puede ser sometido a incomunicación, si la policía así lo solicita, gozando esta petición de inmediatos efectos ejecutivos.
- El motivo de esta solicitud, habrá de fundamentarse en la necesidad de completar la investigación, evitando que la comunicación del detenido con otros miembros de la organización pueda hacer frustrar los fines de la instrucción.
- El Juzgado Central habrá de resolver esta petición, mediante resolución motivada, dentro del plazo de 24 horas si no se pronunciase a este respecto, habrá que entender su **silencio como denegatorio** de la petición de incomunicación.
- para que resulte aplicable este régimen no sólo es necesario de que se trate de la imputación de un delito de terrorismo, sino que requiere además que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Una necesidad urgente de evitar graves consecuencias que pueda poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona;

b) Una necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal (art. 509.1 LECrim).

- Acreditadas alguna de tales circunstancias, el detenido **podrá ser privado de los siguientes derechos**, si así lo justifican las circunstancias del caso:
  a) Designar un abogado de su confianza;
  b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense;
  c) Entrevistarse reservadamente con su abogado;
  d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención (art. 527.1 LECrim).

La incomunicación y la restricción de tales derechos al detenido será **acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general.**

### F) Valor procesal del interrogatorio policial.

La doctrina del TC nacida en torno a la presunción de inocencia y el art. 297 de la LECrim niegan valor probatorio al interrogatorio del detenido, razón por la cual **su «confesión» en la sede policial no constituye, por sí sola, prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y poder fundar una sentencia de condena.**

El atestado tiene el mero valor de «denuncia» y, en cuanto tal, no se erige en un medio, sino en un objeto de prueba.

- tales declaraciones no tienen valor probatorio y
- no pueden operar como corroboración de los medios de prueba,
- ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim,

- ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim.
- tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

- Sin embargo, **cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba,** el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias.
- Para constatar la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

## 3. LA DETENCIÓN JUDICIAL.

### A) Concepto.

La detención judicial es **toda privación de libertad dispuesta por un órgano jurisdiccional en el curso de un procedimiento penal, así como la situación en la que permanece el detenido, durante el plazo máximo de 72 horas, hasta tanto el Juez de Instrucción resuelva su situación en el proceso.**

### B) Clases.

1. **La que pueden practicar «*ex officio*» Jueces y Tribunales:**

- puede ser dispuesta como consecuencia:
  - del incumplimiento de una orden de citación (arts. 487 LECrim),
  - del surgimiento de una imputación contra una persona determinada (art. 494 LECrim) o
  - del incumplimiento de las normas de «policía de vistas» (art. 684.3º LECrim).

2. **La que viene a constituir una prolongación de la ya efectuada por la policía o los particulares**.

- La detención judicial cuantitativa y cualitativamente más relevante es la que puede suceder como confirmación o prolongación de la ya efectuada por los particulares o funcionarios de policía.

# IV. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA.

## 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

- La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, reformada por la Ley 3/2018, de 11 de junio, dedica su Título II a la orden europea de detención y entrega, perfeccionando este procedimiento que **permite a cualquier autoridad judicial española**
  - solicitar la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta, así como

- proceder a la entrega cuando haya recibido una orden europea de detención y entrega procedente de la autoridad judicial de otro Estado miembro.

- Ello ha supuesto el reforzamiento de las garantías jurídicas, en especial con la introducción:
  - del criterio de proporcionalidad,
  - algunas mejoras de técnica normativa y
  - otras modificaciones que persiguen mejorar la aplicación práctica de la norma.

- Este procedimiento se articula en torno a un **modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión**, «la orden europea de detención y entrega»,
- que puede ser definida como:
  - una **resolución dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención** y
  - la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama:
    - para el ejercicio de acciones penales
    - o para la ejecución de una pena
    - o una medida de seguridad privativas de libertad
    - o medida de internamiento en centro de menores.

## 2. COMPETENCIA.

- Las dos autoridades que intervienen en este procedimiento son:

a) **«La autoridad judicial de emisión»**, siendo en España el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes y,
b) «**La autoridad judicial de ejecución»**, que son los Juzgados Centrales de Instrucción.
c) Cuando la orden se refiera a un **menor** la competencia corresponderá **al Juez Central de Menores**.

- **Los Juzgados Centrales de Instrucción son los receptores iniciales** de la orden europea de detención y entrega, pudiendo acordarlas, mediante auto, siempre y cuando la persona afectada hubiera consentido en ser entregada al Estado de emisión y el Juez Central de Instrucción no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega (art. 51.4).

## 3. EMISIÓN Y EJECUCIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA.

Las **autoridades judiciales españolas** podrán dictar la **orden europea de detención** y entrega en los siguientes supuestos:

a) con el **fin de proceder al ejercicio de acciones penales**, respecto de las infracciones penales sancionadas en el Código Penal con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo;
b) con **el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena** o una medida de seguridad no inferior a 4 meses de privación de libertad, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo (art. 37).

Recibida una orden europea de detención y entrega por la autoridad judicial competente (Juez Central de Instrucción) por alguno de los tipos delictivos que pertenezcan a alguna de las categorías de delitos previstas en el art. 20.1

- (pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,

- trata de seres humanos,
- explotación sexual de menores y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- blanqueo de los productos del delito …, etc.)

- y siempre que dicho delito lleve aparejada en el Estado de emisión una pena o una medida de seguridad privativa de libertad o una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de **3 años, se acordará la entrega de la persona reclamada, y ello, sin control de la doble tipificación de los hechos (art. 47.1).**

- En los restantes supuestos no contemplados en el apartado anterior, siempre que estén castigados en el Estado de emisión:
  - con una pena o medida de seguridad privativa de libertad
  - o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses
  - o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad privativa de libertad
  - o una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor no inferior a 4 meses de privación de libertad,
- la entrega podrá condicionarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea sean constitutivos de un ***delito conforme a la legislación española***, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo (art. 47.2).

## 4. PROCEDIMIENTO.

Recibida una orden europea de detención y entrega por el Juzgado Central de Instrucción, dicho órgano judicial, salvo que concurra alguna de las causas de denegación tasadas legalmente, ha de proceder a dar curso a su ejecución, sin necesidad de que intervenga la autoridad central (poder ejecutivo).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 48.1, **la autoridad judicial de ejecución española DENEGARÁ la ejecución de la orden europea en los casos siguientes:**

a) Cuando la persona reclamada haya sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se funda la orden europea de detención y entrega y éste fuera perseguible por la jurisdicción española.

b) Cuando se haya acordado sobreseimiento libre en España por los mismos hechos.

c) Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales.

d) Cuando la persona objeto de la orden haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena.

e) Cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al derecho español.

f) Cuando la persona que fuere objeto de la orden esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea de detención y entrega.

g) Cuando la orden se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española o con residencia en España, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España.

h) Cuando la orden se refiera a hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y el Derecho español no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

Una vez efectuada la detención, la persona detenida será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción en el plazo máximo de 72 horas.

- En el caso de **menores de edad**, a partir de los 14 años, el plazo se reducirá a las veinticuatro horas, en el que el menor detenido será puesto a disposición del Juzgado Central de Menores.

La **persona detenida será informada**:

- de la existencia de la orden europea,
- de su contenido,
- de su derecho a designar Abogado en el Estado emisor de la orden cuya función consistirá en prestar asistencia al Abogado en España facilitándole información y asesoramiento,
- de la posibilidad de consentir con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como
- del resto de derechos que le asisten.

A partir de este momento, el detenido será oído, en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial, **con asistencia**

- del Ministerio Fiscal,
- de su Abogado y,
- en su caso, de un intérprete,

- practicándose dicha audiencia de conformidad con lo previsto para la declaración del detenido en la LECrim.
  - **Si hubiera consentimiento a la entrega por el sujeto reclamado**, la decisión ha de adoptarse mediante **Auto** contra el que **no cabe recurso alguno**.
  - **Si NO hubiera consentimiento a la entrega por el sujeto reclamado**, el Juez Central de Instrucción convocará a las partes a la celebración de vista, que se celebrará en un plazo máximo **de 3 días** y a la que asistirá:
    - el MF,
    - la persona reclamada asistida de Abogado y
    - si fuera necesario, de intérprete.
  - En dicha vista podrán:
    - practicarse los medios de prueba en orden a acreditar la concurrencia de causas de denegación
    - o condicionamiento de la entrega.

El Juez Central de Instrucción resolverá mediante **Auto** que deberá dictarse en el plazo máximo de **10 días tras la vista**, contra el que podrá interponerse **recurso de apelación directo ante la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, en los términos previstos en la LECrim, el cual tendrá carácter preferente.**

# Lección 19 EL PROCESO DE HABEAS CORPUS

## I. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

El *"habeas corpus"* es un procedimiento especial, preferente y rápido por el que se solicita del órgano jurisdiccional competente el restablecimiento del derecho constitucional a la libertad vulnerado por la comisión de cualquier detención ilegal que pueda ser dispuesta por persona o Autoridad distinta a la del Poder Judicial. Art. 17.4 CE y regulado en la LO 6/1984 de 24 de mayo (en adelante LOHC).

Las notas esenciales de este procedimiento son las siguientes:

- El *habeas corpus* no es un recurso, ni un proceso sumario si no un **proceso especial** por razón de la materia. Es un procedimiento declarativo con cognición limitada y dirigida a constatar la ilegalidad de la detención. Por ello se encuadra en los **procesos especiales por razones jurídico-materiales.**
- Es un **procedimiento especial sustancialmente acelerado**, su finalidad es la de obtener rápidamente una resolución judicial acerca de la situación de pérdida de libertad en que se encuentra una persona, de forma que se decretará su inmediata puesta en libertad, la confirmación de su detención o su cambio de custodia.
- El **objeto** de este procedimiento viene **determinado por una pretensión de naturaleza constitucional** del derecho a la libertad del art. 17 CE. Pertenece a la esfera del "control difuso" de los derechos fundamentales o "amparo judicial ordinario", viniendo a asumir una función similar a la del procedimiento previsto en el art. 53.2 CE, de modo que si la pretensión no recibiera satisfacción por parte de los Juzgados ordinarios, se estimará cumplido el principio de subsidiariedad y podrá trasladarse, a través de un recurso de amparo directo, la solicitud de restablecimiento del derecho a la libertad ante el TC sin tener que "agotar la vía judicial ordinaria".
- El **presupuesto material** lo ha de constituir siempre una **detención ilegal** que puede haber sido cometida por un particular o por una persona perteneciente a los poderes públicos distintos al Poder Judicial.
- La **finalidad** es única y exclusivamente obtener la **inmediata revisión judicial** de dicha **detención**, declarando su ilegalidad y restableciendo el derecho a la libertad o, por el contrario, declarando la detención practicada como ajustada a los fines constitucionales, sin que en el ámbito de este procedimiento puedan acumularse otras pretensiones.

## II. EL OBJETO PROCESAL.

### 1. EL OBJETO.

El objeto de este proceso viene **constituido por el conocimiento de una pretensión nacida** como consecuencia de la **comisión de una detención ilegal** y **fundamentada en la violación del derecho a la libertad** o de cualquier otro derecho o garantía constitucional que se haya podido infringir en el curso de la detención.

Para que el proceso pueda prosperar se requiere: que exista una detención, que no haya sido dispuesta por orden judicial y que sea ilegal a los efectos de la LOHC.

#### A) La detención.

Es el **presupuesto indispensable** de este procedimiento, la **existencia de una "detención"**, cualquiera que sea la forma que revista su calificación jurídica, de tal forma que **si no hay privación de libertad nunca es procedente el *habeas corpus*.**

Por detención entendemos **cualquier tipo de privación de la libertad deambulatoria** de la persona, independientemente de la denominación que se le otorgue ("retención", intervención personal, sanción disciplinaria…). Se entienden incluidas no sólo las detenciones practicadas al amparo de la LECrim, sino también las denominadas "detenciones especiales, tales como el internamiento de un incapaz, detenciones de personas extranjeras, arrestos disciplinarios de autoridades militares, etc.

#### B) No judicial.

El *habeas corpus* **NO es procedente cuando las privaciones de libertad fueran producidas por Autoridad Judicial** como son los casos de detención judicial, prisión provisional o la pena de prisión. En caso de presunta ilegalidad de las anteriores detenciones se deberá combatir mediante la vía de los recursos y, en última instancia, mediante el recurso constitucional de amparo que, en lo que a los presos preventivos se refiere, también se ha configurado como un recurso de amparo "directo", que tampoco precisa del agotamiento de la vía judicial ordinaria.

#### C) Ilegal.

Finalmente, la detención **habrá de ser "ilegal"**, calificación que, a los efectos de la Ley de *Habeas Corpus*, se origina por la concurrencia de alguna de las 3 situaciones siguientes:

1. ausencia o insuficiencia de imputación,
2. exceso de plazo y
3. omisión en el curso de la detención de las garantías preestablecidas.

### 2. LA PETICIÓN.

Todas las pretensiones que pueden deducirse de este procedimiento tienen como **denominador común recaer sobre un mismo "bien litigioso",** que no es otro que el **derecho fundamental a la libertad**, con respecto al cual se puede solicitar su total restablecimiento, un cambio de custodia de la persona detenida o simplemente la puesta a disposición judicial de la persona detenida.

Todos estos supuestos **encierran pretensiones mixtas, declarativas y de condena** en las que, además de solicitar el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, se solicita la "condena" al demandado de una determinada pretensión, como son la puesta en libertad, cambio de custodia o puesta a disposición judicial.

## III. LAS PARTES.

Las partes fundamentales del proceso están integradas por el titular del derecho fundamental vulnerado y por la autoridad gubernativa, funcionario, persona física o jurídica que haya causado dicha violación. Pueden aparecer otras partes secundarias, tanto en la posición actora y con capacidad de postulación limitada (personas contempladas en el art. 3 LOHC), como en la demandada (persona bajo cuya custodia se encuentra la persona detenida art. 7.2 LOHC).

### 1. ACTIVAS.

La parte actora principal necesariamente **ha de ser una persona física** ya que los derechos fundamentales tutelados (libertad, seguridad, integridad física o moral) tan sólo son predicables de las personas físicas y no de las jurídicas. Las personas físicas pueden ser tanto nacionales como extranjeros. Estos últimos pueden plantear el *habeas corpus* en los procedimientos de expulsión derivados de la Ley de Extranjería. En nombre de la persona detenida, su Abogado puede también plantear el *habeas corpus.*

Las personas jurídicas carecen de capacidad para ser parte incluso en la incoación de este procedimiento.

### 2. PASIVAS.

Por el contrario, la parte demandada **puede ser tanto una persona física como una persona jurídica**. Esta última posibilidad está expresamente planteada en la LOHC, para prevenir las detenciones ilegales que puedan cometer personas morales (ej. Sectas religiosas, internamientos psiquiátricos o geriátricos titularidad de personas jurídicas…).

**El *habeas corpus*** es **procedente con independencia de la naturaleza jurídico-pública o privada** del autor causante de la detención.

## IV. COMPETENCIA.

Las reglas de la competencia se determinan en el art. 2 LOHC, de cuyo régimen cabe distinguir las siguientes manifestaciones:

### 1. OBJETIVA.

La competencia objetiva la ostentan, con carácter general y "vis atractiva", los Juzgados de Instrucción, según reza el art. 2.1 LOHC. No obstante, los párrafos 2 y 3 de dicho precepto contemplan dos fueros especiales: el Juzgado Central y el del Togado Militar:

#### A) El Juzgado de Instrucción.

Los Juzgados de Instrucción son los órganos competentes para entender de este procedimiento, sin que puedan los de Paz entender como jueces "comisionados", delegados o "a prevención", dada la urgencia del plazo (24 horas) en el que debe finalizar el procedimiento.

La competencia objetiva para el conocimiento de las solicitudes de *habeas corpus*, presentadas con motivo de la detención de un menor también la tienen los Juzgados de Instrucción.

#### B) Los Juzgados Centrales de Instrucción.

Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el art. 55.2 CE, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente.

### C) Los Juzgados Togados Militares.

En el ámbito de la Jurisdicción Militar, es competente para conocer de la solicitud del *habeas corpus* el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.

Asimismo, dada su condición de Instituto Armado de naturaleza militar de la Guardia Civil, también resultan competentes los Juzgados Togados para entender de los *habeas corpus* que puedan interponer los miembros de este cuerpo especial de Policía.

## 2. TERRITORIAL.

Para determinar la competencia territorial, el art. 2 LOHC establece un fuero común y dos supletorios: será Juez competente el de Instrucción del lugar en el que se encuentre la persona detenida, pero, si no constare, el del lugar de la detención y, en defecto de los dos anteriores, el del lugar donde se hayan tenido últimas noticias del paradero de la persona detenida.

## 3. FUNCIONAL.

La fase declarativa transcurrirá ante el Juzgado de Instrucción (o Central o Togado, en su caso). Estos mismos órganos jurisdiccionales conocerán del procedimiento de ejecución de los pronunciamientos inherentes al *habeas corpus.* No existe fase de impugnación.

# V. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y LEGITIMACIÓN.

Según lo dispuesto en el art. 3 LOHC, el procedimiento puede ser incoado por tanto por el propio órgano jurisdiccional, como por la persona detenida, sus parientes y representantes, el MF y el Defensor del Pueblo.

## 1. INICIACIÓN DE OFICIO.

Si fuera el Juez de Instrucción quien, de oficio, incoará el procedimiento, en el mismo auto ordenará a la autoridad la entrega inmediata de la persona privada de libertad y procederá a practicar las diligencias previstas en el art. 7 LOHC.

## 2. INICIACIÓN A INSTANCIA DE PARTE.

Técnicamente, la única parte principal actora que existe en este procedimiento es la persona detenida. No obstante, como dicha persona se encuentra custodiada por quien precisamente ha de contestar a su pretensión y sobre la que pudiera recaer un eventual proceso penal, para que no se le ocasione indefensión, el legislador ha concedido también legitimación a las personas descritas en los apartados “a-c” del art. 3 LOHC, que son los parientes y representantes, cuya capacidad de postulación se limita exclusivamente a iniciar el procedimiento.

El estatus procesal de tales representantes no es el de parte principal, ni siquiera el de parte secundaria o inherente adhesivo. Se trata de terceros con régimen de intervención similar al del denunciante, del que difieren en la posibilidad de incurrir en el pago de costas procesales.

Distinta es la naturaleza de la intervención del Defensor del Pueblo y, sobre todo, la del MF. El primero de ellos, al igual que en cualquier recurso de amparo, no sólo está autorizado a promover el *habeas corpus*, sino que, si su causa obedece a la comisión de un delito de detenciones ilegales, está obligado a poner la *"notitia criminis"* en conocimiento del fiscal general del Estado. La intervención del MF es todavía más relevante quien, sin perjuicio de suscitar la incoación, y consecuente con su especial misión de "velar por el respeto de los derechos fundamentales", la Ley le faculta a formular oralmente sus alegaciones en el trámite de la comparecencia prevista en el art. 7 LOHC y, a intervenir a lo largo de todo el procedimiento.

## VI. FASE DE ADMISIÓN E INCOACIÓN. (6 LOHC)

Deducida una solicitud de *habeas corpus*, el siguiente acto procesal ha de provenir **del Juez de Instrucción**, quien, mediante resolución motivada, habrá de **denegar o admitir** la incoación del procedimiento.

Si concurre el presupuesto de privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*.

**Si** el Juez decide la **incoación del procedimiento**, en el propio dispositivo del auto, podrá adoptar alguna de las dos siguientes resoluciones:

1. **requerir a la autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre la persona detenida**. **Si** el Juez decidiera lanzar a la autoridad gubernativa **el requerimiento de "manifestación",** dicha autoridad deberá **poner** inmediatamente a la **persona detenida a disposición del Juez**, bajo el riesgo de caer en responsabilidad penal por "desobediencia".
2. **personarse en el lugar donde aquélla se encuentre**. **Si,** en cambio, el **Juez** decidiera personarse en el lugar de la custodia de la persona privada de libertad (supuesto que se reserva para las detenciones ilegales más graves como las de tortura), "***cesarán las diligencias de prevención*** *que estuvieran practicando cualquier autoridad o agente de policía, debiendo éstos entregarlas en el acto a dicho juez, así como los efectos relativos al delito, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese*", según reza el art. 286 LECrim.

## VII. ALEGACIONES Y PRUEBA.

Una vez puesta la persona detenida a disposición judicial o personada la autoridad judicial en el lugar de la custodia, oirá a la persona privada de libertad. Comienza así la verdadera fase de alegaciones, ya que el objeto procesal no queda delimitado por el acto de solicitud de iniciación del procedimiento, sino por la pretensión oralmente expuesta y por la contestación que formule el causante de la violación del derecho fundamental.

Si la persona detenida fuese incapaz, el Juez oirá a su representante legal y, en cualquier caso, a su Abogado defensor, si ha sido designado. Después formulará sus alegaciones el MF y, finalmente el causante de la detención, así como aquella bajo cuya custodia se encuentre.

También pueden las partes, de forma simultánea a formular alegaciones orales, proponer la prueba que estimen conveniente que queda condicionada a que pueda practicarse "en el acto". Fuera de esta limitación, puede proponerse y ejecutarse cualquier medio de prueba.

La fase de alegaciones y prueba no pueden exceder de 24 horas contadas desde el auto de incoación del procedimiento.

## VIII. RESOLUCIÓN.

**Concluida la fase de alegaciones** y practicada la prueba, el Juez **ha de pronunciar su resolución "sin dilación".**

**La forma** que adoptará la resolución es de **"auto motivado".** El Juez deberá valorar libremente la prueba y razonarla con arreglo a las normas de la sana crítica.

**El contenido** de la resolución será distinto según se acceda, o no, a la pretensión.

1. **Si la resolución deniega la pretensión**, el Juez dispondrá el archivo de las actuaciones, declarando tanto la privación de libertad como las circunstancias de ésta, conforme a Derecho.
2. **Si la resolución es estimatoria**, contendrá un pronunciamiento declarativo sobre la "ilegalidad de la detención". El pronunciamiento de condena puede ser diverso, adaptado a la "causa petendi" de la pretensión e irá en una de las siguientes prestaciones:
    a. **puesta inmediata en libertad de la persona detenida**. Esta será la medida que se habrá de adoptar cuando esté plenamente ausente el presupuesto material habilitador de la privación de libertad.
    **b. cambio de custodia.** Está medida está arbitrada para los supuestos en que la privación de libertad esté materialmente justificada, pero se haya contemplado alguna violación de las garantías (Art 1 LOHC)
    c. **puesta a disposición de la autoridad judicial. S**e ordenará necesariamente cuando la ilegalidad de la detención resida en el exceso de plazo y, de forma potestativa, cuando el Juez de Instrucción estime que han concluido las diligencias policiales o que se deban continuar por la autoridad judicial.

Eventualmente, si se ha cometido una detención ilegal constitutiva de delito, el Juez formalizará el "testimonio de particulares". Algo que también ocurrirá cuando se aprecie la comisión de un delito de denuncia falsa o simulación de delito.

Con respecto a las costas, rige el criterio de la temeridad, apreciado única y exclusivamente en la conducta del solicitante. En caso contrario, se declararán de oficio, según indica el art. 9 LOHC.

# Lección 20 PRISIÓN PROVISIONAL. LIBERTAD ROVISIONAL. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO, DOMÉSTICA Y MENORES DE EDAD Y CON LA CAPACIDAD JUDICIALMENTE MODIFICADA. OTRAS RESOLUCIONES PROVISIONALES

## I. PRISIÓN PROVISIONAL.

### 1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

**Es una medida cautelar penal, provisional,** de **duración limitada** que **dicta el Juez de Instrucción** mediante **auto motivado** que **restringe el derecho a la libertad** del imputado que ha cometido un delito de especial gravedad y en quien **concurra un peligro de fuga** suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al acto del juicio oral. Está destinada a asegurar dicha comparecencia, así como a conjurar los riesgos de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba, de reiteración delictiva o la puesta en peligro de la integridad de la víctima. **Notas esenciales:**

#### A) Jurisdiccionalidad.

La prisión Provisional SÓLO puede ser adoptada por los órganos judiciales (art. 502.1 LECrim).

#### 2. Objeto: la restricción del derecho a la libertad.

La prisión provisional recae sobre uno de los más preciados derechos fundamentales, la libertad del art. 17 CE, lo que conlleva importantes consecuencias prácticas, como la aplicación de la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad, que exige el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

***a) Legalidad:*** la adopción de la prisión provisional **requiere** que esta medida se instaure y regule **mediante una Ley Orgánica** (arts. 53.1 CE y art. 8. 2º CEDH), y también que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad. Ninguna prisión provisional puede adoptarse fuera de los tasados supuestos prestablecidos por el art. 503 LECrim.

***b) Necesidad:*** Resulta imprescindible que la adopción de la medida **se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales** que la legitiman (art. 502.2 LECrim), debiéndose adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa MENOS GRAVOSA para el derecho fundamental.

***c) Motivación:*** Obligación formal del Juez de **motivar dicho juicio de necesidad** en las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional (art.506.1 LECrim).

La insuficiencia o falta de motivación de tales decisiones queda comprendida en la infracción sustantiva del derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Si no se efectuara dicha motivación en el pertinente auto, se vulnera, dicho derecho fundamental, lo que legitima al imputado a interponer un recurso directo de amparo a fin de obtener el restablecimiento de su derecho a la libertad.

### 3. El Duración.

El art. 17.4 CE, según el cual «*por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*», el art. 504 LECrim limita temporalmente **la duración de la prisión provisional mediante la fijación de un sistema de plazos máximos,** en función del fin perseguido y de la duración previsible de la pena asociada al delito imputado. Una vez cumplidos tales plazos, debe el Juez poner en libertad al procesado, y ello aun cuando el proceso continúe pendiente y subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida.

La existencia de dichos plazos no legitima, sin más, al Juez a agotarlos, sino que debe levantar la medida tan pronto como desaparezcan los presupuestos que legitimaron su adopción.

## 2. REQUISITOS.

La adopción de la prisión provisional requiere que se trate de un **delito DE ESPECIAL GRAVEDAD** y es necesario que exista **constancia del hecho** y que el Juez tenga «**MOTIVOS BASTANTES**» sobre la responsabilidad penal del imputado («*fumus boni iuris*»).

### A) Límite penológico.

Se exige que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena CUYO MÁXIMO SEA IGUAL O SUPERIOR A DOS AÑOS DE PRISIÓN (art. 503.1. 1º LECrim). **No procede** acordar esta medida cautelar cuando los hechos sean constitutivos de un **delito leve** o cuando **el delito** sea cometido concurriendo una **causa de justificación** (art. 502.4 LECrim).

La determinación del **límite** penológico **en los dos años** ha sido establecida atendiendo a razones tanto

- procesales (el legislador ha hecho coincidir el mínimo punitivo que permite la adopción de la prisión con el límite a partir del cual no es posible el juicio en ausencia del acusado (art. 786.1.II LECrim)),
- materiales (ha de tenerse en cuenta que dicho límite cuantitativo es el que permite eludir el cumplimiento de la pena de prisión mediante su suspensión (art. 80.2. 2ª CP)).

**Excepciones:** supuestos en donde no resulta de aplicación el mínimo punitivo de los dos años:

1. cuando el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso;
2. si la prisión provisional tiene como fin asegurar la presencia del imputado en el proceso y hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos años anteriores;
3. cuando con dicha medida cautelar se pretenda evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y,
4. cuando la prisión provisional persiga conjurar el riesgo de reiteración delictiva o el imputado pertenezca a una organización criminal o realice sus actividades delictivas con habitualidad. (art. 503 LECrim)

**B) «Motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado».**

Desde el punto de vista formal, es necesario que aparezcan en la causa «**motivos bastantes para creer responsable criminalmente» del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto** de prisión (art. 503.1. 2º), es necesario la concurrencia de meros indicios racionales de criminalidad, además, que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal.

## 3. FINES.

**A) La prisión provisional como medida cautelar: evitación del riesgo de fuga.**

El juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal ha de ser conjugado con el daño jurídico derivado del retraso del procedimiento que viene determinado por el **peligro de fuga o de ocultación del imputado**. Este peligro de evasión del imputado se acrecienta según la gravedad del hecho y de la pena a imponer.

- Debe conjugarse con las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado o sus circunstancias de arraigo, tales como el número de hijos o de personas a su cargo, su vecindad conocida, trabajo estable, reputación o fama, etc., circunstancias que permiten al Juez inferir que el imputado no se ocultará a la actividad de la justicia y acudirá a la llamada del juicio oral [art. 503.1.3º. a) LECrim].
- Otro elemento del que deducir el riesgo de fuga es **la inminencia de la celebración del juicio oral**, especialmente en los supuestos en que proceda incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos [art. 503.1.3º. a) LECrim].
- Se instaura una **presunción legal de que el imputado se sustraerá de la acción de la justicia** cuando, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. Se impone la adopción de la prisión provisional y se excepciona la aplicación del límite mínimo punitivo de los dos años cuando el imputado, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal.

**B) La prisión provisional como «resolución provisional»: evitación del riesgo de obstrucción de la investigación, de reiteración delictiva o puesta en peligro de la integridad de la víctima.**

El art. 503 LECrim incorpora también el riesgo de obstrucción de la instrucción penal y de reiteración delictiva como fines legitiman la adopción de la prisión provisional. El legislador convierte aquí a la prisión preventiva en una resolución provisional limitativa del derecho a la libertad para garantizar el descubrimiento de la verdad y la protección de la víctima.

La consecución del fin de **evitar la ocultación o destrucción de las fuentes de prueba** se supedita a:

a) que las fuentes de prueba que se pretenden asegurar sean relevantes para determinar la inocencia o culpabilidad del imputado
b) que el peligro de la actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado, atendiendo a la capacidad del imputado para acceder a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, peritos o quienes pudieran serlo.

Por su parte, para la valoración del **peligro de reiteración delictiva** el legislador establece tener en cuenta, las circunstancias del hecho presuntamente cometido y la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, siendo necesario que el hecho delictivo imputado sea doloso.

Se contempla también el **riesgo de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP**, como uno de los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional [art. 503.1.3º.c) LECrim].

La medida cautelar puede ser adoptada, cuando el imputado haya incumplido alguna de las medidas, acordadas por el Juez o Tribunal (prohibición de residir o acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o CC AA) y como orden de protección en los casos en que, existan indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173 CP y en los que se acredite una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera su adopción.

## 4. LA «AUDIENCIA PREVIA».

### A) Concepto y fundamento.

Se entiende por **«audiencia previa»** la **VISTA** que, previa solicitud de las partes acusadoras, **ha de practicarse ante el Juez de Instrucción como presupuesto necesario para que dicho órgano judicial**, con la presencia del imputado asistido por su Abogado y del MF y como resultado de las alegaciones formuladas, **pueda decidir con imparcialidad** acerca de la situación personal del imputado.

**El fundamento** de esta audiencia hay que encontrarlo en la **relevancia del derecho fundamental a la libertad** del art. 17 CE y en la conveniencia de que el **Juez de Instrucción adopte** una resolución tan grave, como lo es la limitación de dicho derecho fundamental, en primer lugar, siempre **a instancia de las partes acusadoras** (de modo que, si no la solicitan, el Juez no puede acordarla) y, en segundo, **mediante la instauración del contradictorio**.

### B) La celebración de la audiencia.

**S**i las partes acusadoras no solicitan la prisión provisional no puede el Juez adoptarla («*Si ninguna de las partes las instare* —la prisión o la prestación de fianza—, *acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido*» art. 505.4 LECrim).

- La **celebración de esta audiencia previa** deviene **preceptiva para acordar**, a instancia de parte, toda **medida cautelar** que no sea la libertad provisional sin fianza, ni, obviamente, la libertad plena del imputado.
- Su celebración deberá **tener lugar en el plazo más breve** posible dentro de **las 72 horas** siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, quien deberá estar asistido de su Abogado, por él elegido o designado de oficio, al MF y a las demás partes personadas (art. 505.2 LECrim).

- En ella **las partes formularán las alegaciones** y efectuarán la prueba que pueda practicarse en el acto acerca de la adopción de la prisión provisional.
- Excepcionalmente, **cuando la celebración** de la audiencia resulte particularmente **gravosa o perjudicial,** podrá practicarse **mediante videoconferencia**. En el supuesto de que el detenido fuera puesto a disposición de una Autoridad judicial incompetente y no pudiera ser entregado al Juez competente en **el plazo de 72 horas**, el art. 505.6 LECrim obliga al Juez incompetente a disponer la audiencia, sin perjuicio de que el competente conceda audiencia al imputado y a su Abogado y dicte la resolución que proceda.

## 5. DURACIÓN.

Art. 504.1 LECrim, **la prisión provisional «*durará el tiempo imprescindible* para alcanzar *cualquiera de los fines que la legitiman y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*»**. Se establecen también **límites máximos de duración** sobre la base del principio de que un sujeto no puede permanecer indefinidamente privado de libertad sin haber sido declarada su culpabilidad, aun cuando subsistan los riesgos contemplados en el art. 503 LECrim.

La Ley prevé:

1. un **plazo máximo inicial prorrogable**, en función **del fin perseguido** y de la **duración previsible** de la **pena** asociada al delito imputado,
2. **un plazo máximo absoluto**, distinguiendo los distintos supuestos que autorizan su adopción:

    1. Su duración **no podrá exceder de un año** si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si fuera superior a tres años (art. 504.2 LECrim), cuando la prisión provisional responda a los motivos de peligro de fuga, de reiteración delictiva o de protección de la víctima. Y si respondiera al peligro de oscurecimiento de la prueba, su duración ha de ser mucho más breve, por lo que el art. 504.3 LECrim establece un plazo de seis meses, suficiente para que puedan asegurarse las fuentes de prueba.
    2. Se podrá acordar mediante auto **una sola prórroga de hasta dos años**, si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si fuera igual o inferior a tres años (art. 504. 2 LECrim), cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada antes de que el plazo inicial haya expirado, el Juez o Tribunal podrá, previa celebración de la comparecencia previa, Excepto al preventivo por razones de ocultación o destrucción de la prueba, motivo que no posibilita prórroga alguna.
    3. Una vez dictada sentencia condenatoria, la prisión provisional podrá **prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta** en dicha resolución judicial, cuando ésta hubiere sido recurrida.
        - El **tiempo transcurrido** en prisión provisional será **abonado en su totalidad** por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonado o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa (arts. 58 CP).
        - En la **compensación del tiempo de duración de la pena privativa** de libertad puede computarse la duración de la prisión provisional, y el dispensado en otras medidas cautelares, tales como la libertad provisional.

## 6. MODALIDADES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

### A) La prisión comunicada.

La regla general la constituye la prisión comunicada, durante la cual el **preso puede disfrutar de los derechos reconocidos en la Ley** y, en particular, del **derecho de comunicación** en sus diversas manifestaciones: régimen de comunicación oral, mediante el sistema de visitas; comunicación escrita, a través del respeto a la correspondencia y sus limitaciones; y la comunicación efectuada a través de las vías telefónicas (arts. 523 y 524 LECrim y 51-53 Ley Orgánica General Penitenciaria).

### B) La prisión incomunicada.

**P**resenta un **carácter excepcional** y tan sólo resulta **procedente cuando concurra** alguna de las siguientes circunstancias:

a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, libertad o la integridad física de una persona o
b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los Jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal (art. 509.1 LECrim).

**La incomunicación** durará el **tiempo estrictamente necesario** para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros indicados y **no podrá extenderse más de cinco días**, a salvo del supuesto excepcional de prórroga por otro plazo no superior a cinco días cuando la prisión provisional se hubiera acordado por un delito de terrorismo u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas (art. 509.2.I LECrim). En estos casos, una vez puesto en comunicación, el preso podrá ser de nuevo incomunicado, si la causa ofreciera méritos para ello, pero la segunda incomunicación no podrá exceder de tres días.

El régimen de incomunicación **implica**:

a) designación de Abogado de oficio, en todo caso;
b) no tiene derecho a que se ponga en conocimiento del familiar, o persona que desee, el hecho de la privación de libertad y el lugar;
c) tampoco tiene derecho a la entrevista con su Abogado de manera reservada al término de la práctica de la diligencia en que hubiera intervenido;
d) no podrá realizar ni recibir comunicación alguna, si bien el Juez o Tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada adoptando, en su caso, las medidas oportunas;
e) el incomunicado podrá asistir, con las debidas precauciones, a la práctica de diligencias en que deba intervenir, siempre que su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación;
f) Se permitirá al preso contar con los efectos que él se proporcione, siempre y cuando, a juicio del Juez o Tribunal, no afecten a los fines de la incomunicación;
**g)** tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el órgano judicial competente para el conocimiento de los hechos (art. 510 LECrim). Tanto el auto que acuerde la incomunicación, como su prórroga serán motivados, debiendo contener la descripción del hecho punible.

#### C) La prisión atenuada.

Para **evitar el ingreso del imputado** en un centro penitenciario en atención a circunstancias especiales. El art. 508 LECrim regula **dos modalidades** posibles de cumplimiento de la prisión provisional atenuada:

a) la **prisión vigilada en el propio domicilio del investigado**, que se acordará cuando, por razón de enfermedad, el internamiento en un centro penitenciario entrañe un grave peligro para su salud. El Juez podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa;
b) Si el investigado está sometido a tratamiento de desintoxicación o de deshabituación y el ingreso en prisión lo pusiera en peligro, **la medida de prisión puede ser sustituida por el ingreso en un centro oficial** o de una organización reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento fuesen anteriores a su inicio. El sujeto no podrá salir del centro sin autorización judicial.

## II. LIBERTAD PROVISIONAL.

### 1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

La libertad provisional es la **situación en la que se encuentra un imputado con respecto a la cual el Juez puede imponerle** una contra cautela (la fianza como alternativa a la libertad provisional), la obligación periódica de comparecencia ante el Juzgado o la limitación de ciertos derechos (privación del permiso de conducir, del pasaporte, etc.).

Tiene la finalidad de **asegurar la disponibilidad física del imputado** para garantizar el desarrollo de la instrucción y el **cumplimiento de la sentencia condenatoria** que pueda ser dictada en su contra, impidiendo que el citado imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia durante el tiempo que ha de consumirse la tramitación del proceso penal.

Al tratarse de una **medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa**, los presupuestos que condicionan su adopción vienen configurados complementariamente a los de la prisión provisional, la cual sólo se justifica cuando no existan otras medidas gravosas para el derecho a la libertad, como es la libertad provisional.

### 2. EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

#### A) La obligación de comparecencia «apud acta».

La situación de libertad provisional **conlleva la imposibilidad de un deber** ineludible que recae sobre el imputado **consistente en la obligación de comparecer** en los días que le fueron señalados en el auto y cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa. Este Juez o Tribunal **extenderá acta**, aun cuando cabe autorizar al imputado a realizar sus comparecencias ante el Juzgado de la localidad en que tenga su domicilio o residencia.

La frecuencia de la presentación del imputado compete determinarla al órgano judicial, en función de las circunstancias concretas del caso y de la finalidad de la medida.

- Esta obligación de comparecencia suele ser de tracto sucesivo cada 15 días, si bien, nada impide determinar razonadamente otra frecuencia distinta.
- Si el imputado, sin motivo legítimo dejase de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal, podrá ingresar en prisión provisional.

### B) La fianza.

El Juez o Tribunal puede disponer **la libertad provisional con fianza para garantizar la presencia** del imputado el día de la celebración del juicio oral. Si el Juez adoptara esta medida, lo determinará en el dispositivo del auto, valorando las circunstancias concurrentes.

El artículo 531 de la LECrim señala que para **determinar la calidad** (entendida como las distintas clases de fianza, esto es, personal, pignoraticia o hipotecaria) **y cantidad de la fianza** se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial. La cuantía de la **fianza ha de ser adecuada** a las circunstancias de arraigo y proporcionada a su patrimonio real.

Si el imputado incumpliera su obligación de prestar fianza, el Juez o Tribunal podrá decretar la prisión provisional y, si incumpliera su obligación de comparecencia «*apud acta*» o no acudiera al primer llamamiento judicial, se expedirá requisitoria de búsqueda y captura y se le declarará en rebelde, sin perjuicio de realizar la fianza directamente por la vía de apremio, adjudicándole el Estado el importe de la fianza o, en su caso, el de la venta en pública subasta, si no hubiere sido prestada en metálico.

### C) Retención del pasaporte.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de comparecencia del imputado se contempla la posibilidad de que el órgano judicial acuerde motivadamente la retención del pasaporte para evitar el riesgo de fuga del imputado al extranjero.

## III. MEDIDAS DE PROTECCION DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA, DE GÉNERO Y DE LOS MENORES DE EDAD Y PERSONAS CON LA CAPACIDAD JUDICIALMENTE MODIFICADA.

## 1. ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

La Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, pretende que la víctima puede obtener a través de un rápido procedimiento judicial sustanciado ante el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, una resolución judicial que incorpore medias cautelares y resoluciones provisionales penales sobre el agresor, esto es, orientadas a impedir nuevos actos violentos (como las medidas protectoras civiles y sociales que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad).

**Las medidas cautelares de carácter penal** podrán consistir en cualquiera de las **previstas en la legislación procesal criminal.**

**Las medidas civiles**, que deberán **ser solicitadas por la víctima**, su representante legal o el Ministerio Fiscal (cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada), **podrán consistir** en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinando el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad

judicialmente modificada, así como **cualquier disposición que permita apartarles** de un peligro o evitarle perjuicios, siempre que no hubieren sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil y con una vigencia de 30 días. Cuando **existan menores o personas con la capacidad judicialmente modificada** que convivan con la víctima y dependan de ella, **el Juez deberá pronunciarse**, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familiar ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda, debiendo ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia competente.

Una vez recibida la solicitud de orden de protección, fundada en la existencia de indicios de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, de los que resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima, el Juez de Guardia convocará una audiencia urgente a la víctima o a su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido en su caso de un Abogado, así como al Ministerio Fiscal.

Celebrada la audiencia judicial, el Juez de Guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas, el cual será notificado mediante testimonio íntegro a la víctima y a las AAPP competentes para la adopción de medidas de protección, sin perjuicio de poder adoptar las medidas previstas en el artículo 544 bis de la LECrim (prohibición de residir o de acudir a determinados lugares).

**La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima** sobre la situación procesal del imputado, el alcance y la vigencia de las medidas cautelares adoptadas.

**Al Registro Central** para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, **tendrán acceso** todas las órdenes de protección dictadas por cualquier Juzgado o Tribunal y en el que se anotarán los hechos relevantes para la protección de las víctimas de estos delitos.

## 2. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y DE SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, contempla un **conjunto de medidas coercitivas** personales que pueden ser adoptadas cuando exista una situación de riesgo para la víctima, con independencia de la gravedad de la infracción penal que se imputa al presunto agresor. Dicha regulación legal complementa las medidas ya previstas en la LECrim, siendo compatibles con las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.

### A) Competencia.

La competencia para la adopción de las medidas de protección **corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer** correspondiente al **domicilio de la víctima**, salvo la competencia atribuida al **Juez de Guardia** a los efectos de adopción de una orden de protección y sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones al Juez competente cuando la víctima tuviera su domicilio en distinto partido judicial.

### B) Legitimación.

Las medidas de protección que contempla la Ley Orgánica 1/2004 podrán ser **adoptadas de oficio** por el Juez de Violencia sobre la Mujer, **o a instancia de las víctimas**, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guardia o custodia, del Ministerio Fiscal, de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o a su acogida o del titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Se consagra la obligación del **Juez de Violencia** que estuviera conociendo de un procedimiento relacionado con la violencia de género, de pr**onunciarse sobre la pertinencia de la adopción de las medidas** de protección completadas, determinando su plazo.

### C) Catálogo de medidas.

**Salida obligatoria** del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, **prohibición de volver al mismo**, prohibición de acercamiento o comunicación al domicilio de la persona protegida, a su lugar de trabajo o a cualquiera otro que se frecuentado por ella, **prohibición de toda clase de comunicación**, con apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

Se establece la posibilidad de que el Juez autorice a la persona protegida a que concierte con una agencia o sociedad pública que incluya entre sus actividades la de arrendamiento de viviendas, la permuta del uso de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda.

**Medidas civiles** que pueden ser adoptadas en la orden de protección (como atribución de la vivienda, la suspensión de la patria potestad, la guardia y custodia, acogimiento, tutela…).

Otras medidas destinadas a la protección de datos de las víctimas y limitaciones a la publicidad de las actuaciones procesales, o la medida de suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas.

### D) Procedimiento.

La adopción de medidas deberá **acordarse mediante auto motivado**, en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, siendo preciso la intervención del Ministerio Fiscal y el respecto a los principios de contracción, audiencia y defensa.

## 3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD O CON LA CAPACIDAD JUDICIALMENTE MODIFICADA.

La LECrim permite al Juez o Tribunal, en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del CP, adoptar una serie de **medidas dirigidas a la protección de la víctima menor de edad** o con la capacidad judicialmente modificada. Tales medidas son:

a) Suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores.
b) Suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento.
c) Establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo,
d) Suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación, que se encontrara en vigor, con el no conviviente o con otro familiar.

Cuando se ponga de **manifiesto** en el proceso la existencia de una **situación de riesgo** o posible **desamparo del menor** y cuando se adopten alguna de las medidas a) y b) citadas, **el LAJ lo comunicará** a la entidad pública competente que pueda tener encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal.

**Concluido el procedimiento,** el Juez o Tribunal **ratificará o alzará las medias** que hubieran sido adoptadas, pudiendo el Ministerio Fiscal y las personas afectadas por las medidas solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento matrimonial sin consenso de los cónyuges.

## IV. OTRAS RESOLUCIONES PROVISIONALES.

### 1. PROHIBICIÓN DE RESIDIR, DE ACUDIR A DETERMINADOS LUGARES Y DE COMUNICACIÓN.

La LECrim posibilita que **el Juez de Instrucción, en la fase de investigación** de uno de los delitos del artículo 57 del CP (homicidio, aborto, lesiones…), **imponga al imputado medidas limitativas de su libertad deambulatoria** (prohibición de residir en un lugar, de acudir a los mismos sitios o de aproximarse o comunicarse con determinadas graduaciones a personas concretas).

Estas medidas tienen como presupuesto la existencia de **indicios de la comisión de uno de los delitos** del artículo 57 CP y ha de ser **concebida** en todo momento de **forma excepcional, provisional y proporcional** a la consecución de los fines de protección de la víctima de futuras y probables agresiones. Así, por lo tanto, su adopción es legítima si se supedita a un criterio de necesidad vinculado al fin que justifica su adopción.

**En caso de incumplimiento de la medida** por el inculpado, **el Juez** o Tribunal **convocará** a la **comparecencia** previa para la adopción de la prisión provisional, de la orden de protección del artículo 544 ter LECrim o de otra medida que implique una mayor limitación de su libertad personal.

### 2. LA PRIVACIÓN PROVISIONAL DEL PERMISO DE CONDUCCIÓN

Se trata de una **medida de seguridad** que puede adoptar el Juez de Instrucción **contra una persona imputada** por un delito de conducción de un vehículo de motor, siempre que se encuentre las libertas hasta que dure el peligro de alteración de la seguridad contra el tráfico y hasta la obtención de una resolución definitiva y firme (penal).

No reviste carácter cautelar, ya que se trata de una resolución provisional dirigida a prevenir la reiteración de nuevos hechos punibles mediante la circulación de vehículos a motor.

La privación del permiso se realiza recogiéndolo del imputado e incorporándolo a los autos, debiendo comunicarse a la Jefatura Provincial de Tráfico.

### 3. SUSPENSIÓN DE CARGOS PÚBLICOS.

Las **personas sospechosas** de haber cometido un **delito de terrorismo o rebelión**, que hayan sido declaradas procesadas y sometidas a prisión provisional, será **suspendidas en el ejercicio** de la función o cargo público determinado en tanto permanezcan en situación de prisión provisional. Para la adopción de esta medida es necesario cumplir con los **siguientes requisitos**:

a) Es necesario que el procesado pertenezca, actúe al servicio o esté relacionado con una banda armada cuya finalidad sea subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública y que haya cometido algún delito de terrorismo o rebelión.
b) Es necesario que el Juez haya dictado un auto de procesamiento firme y haya dispuesto la prisión provisional del procesado.
c) En el momento de la adopción de la medida, el procesado debe estar ostentando función o cargo público.

**La cesación de los efectos de la suspensión** ha de suceder por la ausencia de la concurrencia de los presupuestos que la legitiman: por el de sobreseimiento o absolución, por la conversión en la sentencia firme de esta medida provisiona en la pena accesoria de suspensión de empleo y sueldo, por el desprocesamiento o por la puesta en libertad del procesado.

# Lección 21 LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES. ORDEN EUROPEA DE EMBARGO DE BIENES O DE ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS

## I. MEDIDAS CAUTELARES REALES.

### 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.

**Las medidas cautelares civiles o reales** son medidas aseguratorias de la pretensión civil acumulada a un proceso penal en curso. Para que el Juez de Instrucción pueda disponer estas medidas se hace necesario la concurrencia de **estos tres requisitos**:

- que el delito haya producido un daño en la esfera patrimonial del perjudicado (art. 100 LECrim),
- que éste no haya reservado el ejercicio de la acción civil, ni la haya condonado (arts. 106.II, 108 y 112.I LECrim) y
- que el perjudicado o un acreedor legítimo solicite del Juez su adopción (art. 764.2 LECrim en relación con los arts. 721 y ss. LEC).

**La acción civil** ha de ser ejercitada **por el perjudicado**; si no comparece en el proceso penal como parte actora civil, ni renuncia ni se reserva su ejercicio ante los tribunales de lo civil, el MF, como sustituto procesal, la ejercitará en su nombre (art. 108 LECrim).

Dicha acción **se dirige al patrimonio del imputado**, responsable civil directo (art. 589 LECrim y 116.1 CP). También puede ir contra un **tercero civil** que, por Ley (en daños ocasionados por menor o incapaz responden sus legales representantes: art. 118.1.1 CP), o por autonomía de la voluntad (el más normal es la intervención de entidades aseguradoras), sea responsable de los daños ocasionados por la comisión del delito.

Con su ejercicio **nace de una pieza separada de la instrucción llamada «pieza de responsabilidad civil»** (arts. 589-614 LECrim) que puede originar una «pieza de terceros» caso de que existan terceros civiles supuestamente responsables (arts. 615-621 LECrim).

Junto a las normas del sumario ordinario (arts. 589-621LECrim), las medidas cautelares civiles también se rigen por lo dispuesto en el art. 764 LECrim que, aunque sean del procedimiento penal abreviado, al ser normas más modernas, en la práctica, se trasvasan al ordinario, así como por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre medidas cautelares, cuyos preceptos sobre «contenido, presupuestos y caución sustitutoria» son de aplicación directa (art. 764.2 LECrim), en tanto que las demás son supletorias (art. 614 LECrim).

### 2. CLASES.

Según el art. 299 LECrim, una de las funciones de la instrucción es disponer las medidas cautelares que aseguren las responsabilidades pecuniarias del imputado o, según el art. 589 LECrim, las «responsabilidades pecuniarias procedentes».

**En el proceso penal las «responsabilidades pecuniarias»** pueden ser de diferente tipo, las medidas cautelares reales pueden ser clasificadas según ORTELLS:

- **Propias del proceso penal**: garantizan la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia que se dicte y que posean un contenido patrimonial, es decir, el relativo a las penas de multa y decomiso, así como al pago de las costas procesales.
- **Propias del proceso civil acumulado:** tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia y comprende: restitución de cosas determinadas, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios (art. 100 LECrim).

## 3. PRESUPUESTOS.

### A) La «apariencia del buen derecho».

El primer presupuesto para la adopción de las medidas cautelares reales **es el «fumus boni iuris» o apariencia y justificación del derecho subjetivo**, que, en el proceso penal, es la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada o, en la existencia en la instrucción de «indicios racionales de criminalidad» (art. 589 LECrim).

**La imputación contra una persona determinada**, aunque sea suficiente en la adopción de medidas cautelares reales para asegurar las costas, ya que según el art. 123 CP, «dichas costas se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito», **puede no serlo** en cuanto a la adopción de las medidas tendentes que garanticen las responsabilidades civiles «ex delicto» del inculpado o de los terceros responsables, ya que no todo delito provoca su exigencia, sólo aquellos de los que se «derivaren daños o perjuicios» (art. 116 CP).

El hecho punible ha de atribuirse a una persona determinada, y además que los indicios racionales de criminalidad lo sean de un ilícito penal que haya producido un daño o perjuicio material o moral y que evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan sea el imputado o sea tercera civilmente responsable (arts. 116 a 122 CP).

### B) El peligro derivado del retardo del procedimiento.

Con la regulación anterior a la entrada en vigor de la Ley 38/2002, **el peligro por la mora procesal o «periculum in mora»** no era objeto de consideración legal, se entendía que la mera existencia de la imputación, junto al tiempo hasta la resolución definitiva, justificaban la medida cautelar. Actualmente el art. 764 LECrim que remite a los presupuestos de la concesión de las medidas cautelares en la LEC supone un cambio ya que el art. 728.1 de dicho texto legal establece que *«sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieran o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».*

El «*periculum in mora*», es el **riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial** pretendida en el proceso principal, riesgo que puede **surgir** con ocasión de la necesaria **dilación temporal** en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela (ORTELLS).

Para acordar medidas cautelares reales en el proceso penal es necesario que **el solicitante acredite, junto a la existencia del «*fumus boni iuris*»,** la posibilidad de que, durante la pendencia del proceso,

se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad del pronunciamiento civil de condena que pueda incorporar la sentencia penal (peligro de infructuosidad). Por ello, si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado estuvieran acreditadas en la instrucción (así, por ejemplo, en el caso de las Compañías aseguradoras y entidades financieras, cuya responsabilidad civil permanece siempre asegurada), decae ya no se justifican dichas prácticas medidas, cuya adopción podría tener carácter sancionador, al tener el responsable civil innecesariamente que sufragar sus gastos económicos (así, el coste del aval).

Dicho peligro se concreta en la posibilidad de que **el responsable civil**, mientras se tramita la pretensión civil se dedique a distraer, **dilapidar u ocultar sus bienes**, real o ficticiamente, y así cuando sea firme la condena civil impuesta, la ejecución del pronunciamiento condenatorio sea impracticable, aunque la acreditación del «periculum in mora» no requiere que se haya producido un determinado comportamiento del imputado, ni una intención de causar perjuicio al actor, por su configuración objetiva en la LEC 1/2000.

## 4. CONTENIDO.

La remisión del art. 764 LECrim a las normas sobre contenido de las medidas cautelares de la LEC, tiene gran relevancia, ya que permite la adopción, junto a la fianza (art. 589 LECrim), el embargo (art. 597 LECrim) y la anotación preventiva de embargo, cuando recaiga sobre bienes inmuebles (art. 604 LECrim), de las medidas «que aseguren la efectividad de la tutela judicial en una eventual Sentencia estimatoria» (arts. 726 y 727 LEC).

La LEC 1/2000 reconoce como medida cautelar cualquier actuación, directa o indirecta, sobre los bienes y derechos del demandado (imputado) que, sujeta al principio de proporcionalidad, haga posible la efectividad de la tutela judicial de una eventual sentencia estimatoria, entre las que cabe destacar, en el marco del proceso penal, las destinadas a preservar la integridad de unidades económicas complejas en explotación y que deben seguir así mientras se sustancia el procedimiento, evitando que los gestores puedan seguir en la perpetuación del delito, causar daños en el patrimonio de la entidad o sus socios o puedan instrumentalizar la empresa en beneficio propio o de un tercero (v. gr. administración o intervención judicial de empresas —art. 727 LEC y art. 129 CP—).

### A) Medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de restitución de cosa determinada.

Según lo dispone el art. 299 LECrim (que señala como una de las finalidades de la instrucción la preparación del juicio oral mediante la averiguación y constancia de la perpetración del delito), el Juez Instructor ha de proceder a la recogida de los instrumentos o efectos de cualquier clase relacionados con el delito (art. 334 LECrim), procediendo a su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito (art. 338 LECrim).

Las medidas de recogida y conservación de bienes y cosas poseen una doble naturaleza:

- de un lado, son **medidas de aseguramiento** de la prueba en el juicio oral, su objeto es la conservación de dichos bienes y cosas en su estado inicial para que puedan ser utilizadas por las partes y apreciadas por el Tribunal como medios de prueba en la fase del juicio oral (arts. 629, 654, 688, 712 y 716 LECrim)

- de otro, son auténticas **medidas cautelares reales** aseguran el decomiso que imponga la sentencia como consecuencia accesoria del delito, siempre que los bienes pertenezcan al autor del delito y fueren de lícito comercio (art. 127 CP), y su restitución a los legítimos propietarios no responsables del delito, una vez hayan cumplido su finalidad de servir como piezas de convicción en el acto del juicio.

Debido a esa finalidad cautelar diversa que la ocupación del objeto material del delito y demás efectos relacionados con el mismo cumple, **cabe distinguir**, en orden a sus efectos (ORTELLS) que el secuestro de instrumentos y efectos del delito no pertenecientes al imputado **se extingue**:

- al concluir la vista del juicio oral (art. 620.2 LECrim) puesto que la función de la medida coercitiva ya se había cumplido

- o al suspenderse el proceso por tiempo indefinido por declaración de rebeldía (art. 844 LECrim), porque la función de la medida estaba cumplida respecto a la investigación sumarial y no podía ser mantenida indefinidamente.

Por el contrario, el secuestro de los instrumentos y efectos pertenecientes al imputado no finaliza al concluir la vista, ni al suspenderse el proceso por la rebeldía, siguiendo el mismo régimen de las fianzas y embargos establecido en el art. 843 LECrim.

### B) Medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de reparación o de indemnización de daños y perjuicios.

En la LECrim la fianza y el embargo son consideradas medidas cautelares reales para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en las que pueda incurrir el sujeto pasivo de un proceso penal. Ambas figuras son medidas cautelares genéricas, que recaen sobre el patrimonio del imputado o de un tercero en su conjunto, es decir, sin referencia a bienes o elementos patrimoniales concretos, lo que la diferencia de otras medidas cautelares civiles de alcance concreto (p. ej. el secuestro de un bien mueble) y que por esta razón sólo sirven para garantizar el cumplimiento de una prestación de reparación o indemnización de daños y perjuicios.

### A) LA FIANZA

#### a') Concepto

Es la primera de las medidas cautelares de naturaleza real previstas en la LECrim y tiende a **garantizar anticipadamente las responsabilidades civiles de la sentencia**. Así el art. 589 LECrim dispone que *«cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes…».*

Aunque dicho precepto obliga al Juez de Instrucción a acordar, de oficio, la fianza desde el momento en que concurra el presupuesto material de la imputación, ha de ser revisado según los presupuestos analizados. No bastan indicios de criminalidad para la adopción de la fianza, es necesario que dichos indicios lo sean de ilícito penal que haya ocasionado daños o perjuicios y que se acredite el «periculum in mora» o riesgo de daño para la efectividad de la tutela pretendida derivado de la duración del proceso.

Así, **la fianza se define** como la medida cautelar civil que, a instancia de parte, puede ser adoptada por el Juez de Instrucción cuando aprecie la existencia de una imputación contra

persona determinada por la comisión de un ilícito penal que haya producido un daño, por medio de la cual se exigirá que, por sí mismo o a través de tercero, ponga a disposición del Juzgado bienes suficientes que garanticen anticipadamente las responsabilidades civiles que puedan derivarse de la sentencia, ante la posibilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del pronunciamiento civil de condena.

**b') Clases**

El art. 591 LECrim establece que la fianza podrá **ser personal, pignoraticia o hipotecaria**, a las que podemos añadir la posibilidad de la **satisfacción de caución**, que podrá ser en efectivo o con aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, según el Juez o Tribunal, garantice inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate (art. 591 LECrim).

**c') Determinación de la cuantía y suficiencia de la fianza**

El Juez en resolución motivada **fijará el importe económico** que el imputado haya de satisfacer para afianzar las responsabilidades pecuniarias que, le sean impuestas, si fuera condenado. Su importe **no podrá ser inferior** a la suma de la cantidad a la que asciendan las probables responsabilidades pecuniarias incrementada en un tercio (art. 589.II LECrim).

El órgano judicial tendrá en cuenta los elementos del concepto «responsabilidades pecuniarias», es decir, la posible multa que lleva aparejada el delito, el importe probable de las costas procesales y las responsabilidades civiles que se deriven del delito, efectuando un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, ya que como ha declarado el TC, una media desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino punitiva en cuanto al exceso.

Junto a la notificación del Auto, se apercibirá al imputado de que, si no afianza debidamente dicha cantidad, se embargarán sus bienes en cantidad suficiente para cubrir dichas responsabilidades.

Prestada fianza, el Juez se pronunciará sobre la suficiencia o no, a los efectos de otorgar cobertura a las responsabilidades pecuniarias derivadas de la comisión del delicto. Podrá recabar dictámenes periciales sobre el valor de los bienes dados en garantía, cuando no fueran dinero en metálico u otros efectos, tales como el aval bancario o el seguro de responsabilidad civil, que permitan una valoración precisa mediante el uso de simples operaciones aritméticas.

Realizada la tasación, el órgano judicial, según los dictámenes periciales y el informe del MF, declarará mediante Auto la suficiencia o insuficiencia de la fianza prestada. Frente a dicho Auto se podrá interponer recurso de apelación (art. 596 LECrim).

La fianza, por su naturaleza cautelar, está **sometida a la regla «rebus sic stantibus»**, y puede revocarse, aumentarse o disminuirse, si se cambian los presupuestos que justificaron su adopción (arts. 611 y 612 LECrim).

## B) EL EMBARGO

**a') Concepto, requisitos y naturaleza**

Es una medida cautelar real mediante por la que **se individualizan y adscriben bienes suficientes del patrimonio del imputado para garantizar las responsabilidades civiles** derivadas de la comisión de un hecho punible.

Para la validez del embargo **se requiere**

- en primer lugar, que los bienes sobre los que recaiga pertenezcan al imputado, estén en su poder o en el de un tercero;
- en segundo, que tengan contenido patrimonial y sean susceptibles de realización y,
- por último, que la Ley no establezca su inalienabilidad, total o parcial.

A diferencia del proceso civil, el **embargo en el proceso penal** es una medida **subsidiaria a la fianza**, ya que sólo puede ser acordada cuando el imputado no la haya prestado o no lo haya hecho en la cuantía suficiente (arts. 589 y 597 LECrim).

**b') Señalamiento de bienes y práctica del embargo**

Declarado procedente del embargo, el órgano judicial requerirá al imputado, constituyendo para ello la Comisión Judicial (compuesta por el LAJ u oficial habilitado y el Agente judicial) en su domicilio, para que presente una relación bienes suficientes para cubrir la cantidad fijada para las responsabilidades pecuniarias, con el apercibimiento de las sanciones que puedan imponérsele, caso de que no presentar la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren (art. 589.2 LEC, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el art. 614 LECrim).

Si el requerimiento no llevó a cabo, se intentará con su mujer, hijos, apoderado, criados u otra persona que se encuentre en su domicilio. Si no se encontrare ninguna, o las que se encontraren, incluido el imputado, no señalen bienes para ser embargados, la Ley autoriza a embargar los bienes que la Comisión estime que pertenezcan al imputado, en el orden de prelación y con las prohibiciones establecidas legalmente (art. 598 LECrim en relación con los arts. 592 y 606 y ss. LEC).

La supletoriedad de la legislación civil autoriza al órgano judicial, siempre a instancia de parte, a dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas, físicas y jurídicas, que las partes acusadoras indiquen para que faciliten la relación de bienes del imputado de los que tengan constancia (art. 590.I LEC).

También es aplicable la posibilidad, prevista en el art. 585 LEC, relativa a la evitación del embargo por parte del imputado cuando, en la práctica de la medida cautelar, se consigne la cantidad por la que el embargo se hubiere decretado, en cuyo caso se suspenderá el embargo.

Si fuera necesario hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias, se procederá por vía de apremio, bien adjudicando el metálico o realizando los demás bienes mediante su negociación en los mercados de valores o mediante venta en pública subasta.

Aunque el embargo se entiende realizado desde que se decreta por resolución judicial (art. 587 LEC), para mantener en el patrimonio del deudor (responsable civil) la totalidad de los bienes afectados por la traba a las responsabilidades pecuniarias y sin detrimento en su valor de realización, evitando su enajenación, gravamen, minoración u ocultación, la LECrim contempla medidas específicas de aseguramiento, conservación y explotación, que adoptará el Juez de Instrucción en función de la naturaleza de los bienes embargados (depósito, administración, intervención).

### C) Medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de restitución de bienes inmuebles.

#### a) La anotación preventiva de querella

Según el TS, el proceso penal y el enjuiciamiento de su objeto propio no justifica que en él se incluyan las cuestiones propias del Derecho Civil que susciten los hechos para aclarar las relaciones jurídico-civiles mediante pronunciamientos judiciales de validez o invalidez de las mismas, salvo en la medida, que ello sea necesario para juzgar las responsabilidades penales y civiles que se deriven del delito.

Extendiendo la responsabilidad civil del delito a la restitución, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios (art. 110 CP) e incluyendo la de la misma cosa, si ello fuera posible, aunque esté en poder de tercero (art. 111 CP), «cabe que en los delitos en los que haya habido un desplazamiento patrimonial, que constituya el instrumento del delito o se encuentre en íntima conexión con él, la restitución que proceda acordar —como responsabilidad del delito— pueda conllevar la declaración del negocio jurídico subyacente» (STS 27 de octubre de 2001).

Si la responsabilidad civil del delito consiste en restituir situaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, cuya alteración consecuencia del hecho punible haya accedido al Registro de la Propiedad, siguiendo a GARBERÍ, es necesario admitir la adopción en el proceso penal de medidas cautelares tales como la «anotación preventiva de querella» o, para ser más exactos, la «anotación preventiva de la demanda civil acumulada al proceso penal», para garantizar que, llegado el momento de ejecutar la sentencia de condena, la restitución puede llevarse a acabo, impidiendo la realización durante la litispendencia de negocios o actos por parte del querellado que cristalicen en una situación de lugar, que del bien por estar en manos de un tercero hipotecario de buena fe (art. 34 LH).

La adopción de dicha medida cautelar respecto de bienes inmuebles adquiere pleno sentido en delitos con transmisión de dominio, en principio eficaz para su adquisición por terceros, como el caso de los delitos de alzamiento de bienes (art. 257 CP) y de estafa (art. 251.2º y 3º CP), donde la responsabilidad civil se extiende a la restitución de los bienes al patrimonio del condenado mediante declaración judicial de nulidad de los actos o negocios realizados, para satisfacer las reclamaciones de sus acreedores.

La DGRN, al pronunciarse sobre la admisión de una anotación preventiva sobre bienes inscritos a nombre de los querellados en los libros del Registro, si bien ha mantenido en algunas resoluciones una tesis restrictiva, dado, de un lado, al carácter de «numerus clausus» que en anotaciones preventivas contiene nuestra legislación (art. 42 LH) y, de otro, a que la querella no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad o eficacia de títulos, ya que, en la primera, no está implícito el ejercicio de la acción de nulidad. Actualmente, admite la posibilidad de constar por vía de anotación preventiva el ejercicio en la querella de la acción civil derivada del delito, si esta acción tiene trascendencia real, para garantizar en el ámbito registral la efectividad del pronunciamiento judicial que en su día se dicte; es necesario, en todo caso, que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada, pues no es la mera interposición de la querella sino del ejercicio a través de ella de una acción civil de trascendencia real lo que efectivamente se anota (*vid*. Resolución de 13 de noviembre de 2000).

## D) Otras medidas.

### a) Intervención inmediata del vehículo y retención del permiso de circulación

El art. 764.4 LECrim contempla una serie medidas especiales que pueden ser acordadas por el órgano judicial

relacionadas con el vehículo del imputado y los permisos de conducción y circulación. En realidad, dicho precepto permite distinguir entre dos medidas que poseen una naturaleza distinta:

- La ***intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación*** del mismo, por el tiempo imprescindible, con la comunicación al órgano administrativo correspondiente. Esta medida tiene una doble finalidad: por un lado, **instructora**, ya que se permite su adopción «cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél», por lo que se integra dentro de lo establecido, con carácter general, en el art. 326 LECrim, que impone al Juez instructor la recogida y conservación, si fuere posible, para el juicio oral de la totalidad de vestigios o pruebas materiales del delito y, por otro, **cautelar**, puesto que está destinada al aseguramiento de las responsabilidades civiles, o, excepcionalmente, para garantizar la pena de decomiso (v. gr. intervención de bienes procedentes del narcotráfico), en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero responsable civil (art. 764.I LECrim).
- La ***intervención del permiso de conducción*** requiriendo al imputado que se abstenga de conducir vehículos de motor, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, es una **medida de seguridad predelictual**, ya que está dirigida a prevenir nuevos hechos punibles mediante la circulación de vehículos de motor, razón por la cual ha sido tratada en las resoluciones alternativas a la prisión provisional (art. 764.II LECrim).

### b) Pensión provisional

- Según establece el art. 765.1 LECrim, al ser un proceso relativo a hechos derivados del uso y circulación de vehículos a motor, el Juez o Tribunal podrá señalar y ordenar el pago de la ***pensión provisional*** que, según las circunstancias, considere necesaria, en cuantía y duración, para atender a la víctima y las personas a su cargo.

- Es por ello una medida **cautelar y anticipadora** de los efectos de la eventual sentencia condenatoria, por cuanto los pagos se efectúan con cargo a las cantidades que, dichas personas obtendrán en sentencia, sin que exista previsión legal alguna sobre la obligación de proceder a su devolución si la resolución es desfavorable.

- Su pago se hará anticipadamente, en las fechas que discrecionalmente señale el Juez o Tribunal, a cargo del asegurador, si existiere, y hasta el límite del seguro obligatorio, o con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, cuando fuera civilmente responsable, conforme a las disposiciones que le son propias.

- Dicho precepto indica que la misma medida podrá acordase cuando la responsabilidad civil derivada del hecho esté garantizada con cualquier seguro obligatorio, lo que determina que el pago de una pensión provisional no sólo proceda en los procesos contra la seguridad del tráfico, sino también cuando el delito se haya cometido con ocasión de la actualización de un riesgo cubierto por cualquier seguro obligatorio de responsabilidad civil.

## E) Caución sustitutoria.

Por último, el art. 764 LECrim dispone que también se aplicarán las normas de la LEC sobre la caución sustitutoria, lo que permite al sujeto pasivo frente al que se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares patrimoniales solicitar al Tribunal que acepte, en sustitución de las mismas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del Tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dicte (art. 746.1 LEC).

Los criterios o elementos de juicio a valorar por el Tribunal para la prestación de caución sustitutoria son (art. 746.2 LEC): el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la prestación de condena, la apariencia jurídica favorable de la posición del demandado (imputado) y los efectos colaterales de la medida sobre la actividad patrimonial y económica del demandado, ha de existir equilibrio entre el interés del actor en obtener un eficaz aseguramiento de su pretensión y el del sujeto pasivo en padecer el mínimo quebranto o sacrificio patrimonial.

## 5. PROCEDIMIENTO.

### A) Solicitud de la medida a instancia de parte legítima.

Antes de la reforma operada por la Ley 38/2002, según el que en la práctica forense, las fianzas y embargos civiles se acordaban de oficio por el Juez instructor desde el momento en que resulten del sumario indicios de criminalidad contra una persona (art. 589 LECrim), a excepción de que el responsable civil fuera un tercero (art. 615 LECrim), la remisión directa que efectúa el art. 764.1 LECrim al contenido de las medidas cautelares de la LEC conlleva, como novedad esencial de la reforma, la necesidad de que la totalidad de las medidas cautelares civiles estén regidas por el principio dispositivo y, por tanto, hayan de adoptarse a instancia de parte legítima, es decir, del MF, en su calidad de sustituto procesal de los perjudicados, siempre que no hubieran reservado el ejercicio de la acción civil, ni se hubieran personado en la instrucción o de los propios perjudicados, que son los únicos legitimados originarios para instar estas medidas, siempre que acrediten el cumplimiento de sus presupuestos procesales (el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*).

Dicho lo anterior, se han de reinterpretar los arts. 589 y 615 LECrim, entendiendo que, cuando el primero de los citados preceptos (art. 589) permite al Juez la adopción, de oficio, de medidas cautelares reales contra el imputado para garantizar las responsabilidades pecuniarias, se está refiriendo a las de naturaleza penal y procesal (la pena de multa, el decomiso y las costas), que son indisponibles, mientras que tratándose de asegurar las responsabilidades civiles «ex delicto» deberá mediar siempre petición de parte legítima, en iguales términos que el art. 615 LECrim exige para su adopción contra terceros o incluso, tras la reforma operada por la LO 5/1995, tal y como acontece también con las medidas cautelares penales, cuya adopción también precisa de la instancia de las partes acusadoras (art. 539.III LECrim).

### B) Resolución y medios de impugnación.

Las *medidas cautelares patrimoniales* se adoptarán, a petición de parte, mediante Auto motivado, que habrá de efectuar un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, en concreto el «*periculum in mora*», y se formalizarán en pieza separada (art. 764.1 LECrim).

Las **medidas cautelares civiles** pueden ser adoptadas, en un Auto independiente, o en la parte dispositiva de otro Auto, como pueden ser el de procesamiento, el de adopción de la prisión

provisional o el de transformación del procedimiento abreviado, si bien, en estos últimos casos, esta posibilidad no dispensa al Juez de plasmar en el correspondiente Fundamento Jurídico el imprescindible razonamiento sobre la necesidad y utilidad de la medida.
Independientemente de cómo se adopten estas, siempre ha de resultar procedente la interposición, contra las mismas, del recurso de apelación, por así disponerlo la puesta en relación del art. 764.1 con el art. 766.1 LECrim.

## II. LA ORDEN EUROPEA DE EMBARGO DE BIENES O DE ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS.

### 1. CONCEPTO Y NATURALEZA

El Título VII de la *Ley 23/2014*, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, establece el régimen de reconocimiento de la resolución de embargo de bienes o de aseguramiento de pruebas. Mediante este mecanismo las autoridades judiciales españolas podrán transmitir las medidas de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas acordadas en procedimientos penales a otros Estados miembros donde puedan encontrarse los objetos, datos o documentos objeto de la medida. También se determina la forma en que las autoridades españolas van a reconocer y cumplir tales resoluciones cuando provengan de una autoridad judicial de otro Estado miembro.

Las resoluciones de este Título se dirigen a impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos o utilizarse como medios de prueba (art. 143.1). Es un procedimiento de simplificación del auxilio judicial entre las autoridades judiciales de los Estados pertenecientes a la Unión Europea.

### 2. SUJETOS.

Está legitimado activamente el Juez o Tribunal competente, que esté conociendo de la causa, y los Fiscales que dirijan las diligencias de investigación en las que se deba adoptar una medida de aseguramiento de pruebas que no sea limitativa de derechos fundamentales.

Pasivamente lo está el Juez de Instrucción del lugar en donde se encuentren los bienes o documentos objeto de aseguramiento o las pruebas que deban ser aseguradas, así como los Fiscales para la ejecución de las medidas de aseguramiento de pruebas que pueden realizar dentro de sus competencias sin adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales (art. 144).

El cambio en la ubicación del objeto de la resolución de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas no implica la pérdida de competencia del Juez de Instrucción o del Fiscal que hubiera acordado el reconocimiento y ejecución de la resolución transmitida en España.

## 3. PROCEDIMIENTO.

### A) Activo.

Previamente a la emisión de una resolución de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, que puede ser acordada de oficio o a instancia de parte, podrá recabarse de la autoridad competente del Estado de ejecución información suficiente sobre si efectivamente el bien objeto de aseguramiento se encuentra en dicho Estado (art. 146).

También se prevé la posibilidad de transmitir la resolución simultáneamente a más de un Estado de ejecución, cuando la autoridad judicial española tenga motivos fundados para creer que los distintos bienes se encuentran en distintos Estados de ejecución (art. 148).

### B) Pasivo.

En caso de ejecución en España de tales resoluciones, si el delito perteneciera a una de las categorías delictivas del art. 20 y estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, la autoridad judicial española competente acordará la realización de la medida sin control de la doble tipificación de los hechos.

La decisión de ejecución de la resolución deberá ser adoptada inmediatamente y comunicada sin dilación a la autoridad judicial de emisión y al MF, por cualquier medio que deje constancia escrita. Las autoridades judiciales españolas resolverán lo procedente y lo comunicarán dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la resolución (art. 151).

La autoridad competente española denegará el reconocimiento de una resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas en los casos recogidos en el art. 32:

- Si se ha dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio *non bis in ídem*.
- Si la resolución se refiere hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas.
- Si el certificado que acompaña a la solicitud está incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida.

# Lección 22 EL SOBRESEIMIENTO

## I. EL SOBRESEIMIENTO.

### 1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

El sobreseimiento es una **resolución jurisdiccional por la que se suspende el proceso penal,** bien de una manera provisional o definitiva. Se **regula dentro del proceso ordinario** para **delitos graves**, si bien, dada su naturaleza de proceso común, es de aplicación supletoria en los demás procedimientos.

Se entiende por sobreseimiento la **resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia,** mediante la cual se **pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que**, sin actuar el «*ius puniendi*», **goza de la totalidad** o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada.

El sobreseimiento, sea provisional o definitivo, cuando se han ejercido contra él la totalidad de los recursos, **es una resolución firme que pone fin al procedimiento pena**l. Por esta razón, a los efectos de la incoación de un ulterior procedimiento penal, en el que se requiera una resolución de esta naturaleza poco importa que el auto emanado sea provisional o firme.

Aun cuando es una resolución que pone fin al procedimiento y, en ocasiones de forma «definitiva» **reviste la forma de «*AUTO*» y no de sentencia**. Esta forma no impide obligar a una minuciosa fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, donde deben plasmarse los elementos de convicción, con base en los cuales el juez o tribunal infiere la conclusión en torno a la ausencia del o de los presupuestos que impiden la apertura del juicio oral. **S**i la resolución de sobreseimiento **fuera inmotivada, irrazonable o incurre en error patente,** podrá ser impugnada en amparo por infracción del derecho a la tutela.

**Órgano competente** para dictar el sobreseimiento es:
- la Audiencia Provincial en el sumario ordinario,
- el Juez de Instrucción en el proceso abreviado y en el del Jurado,
- el Juez de Guardia en los juicios rápidos. Contra estas últimas resoluciones, las partes acusadoras interpongan el correspondiente recurso de apelación.

Los autos de sobreseimiento **no son la única forma de finalizar anormalmente** el procedimiento. El ordenamiento conoce de otras resoluciones, aunque con diferencias con el sobreseimiento:

- los autos de inadmisión de querella, **NO** exige la práctica previa de diligencias
- el archivo de las actuaciones de las diligencias previas, **NO** se pronuncia en la fase intermedia, cuando el sumario está ya concluido.

En aquellas resoluciones desestimatorias de la incoación del procedimiento no se les puede asociar los efectos materiales de la cosa juzgada,

A las resoluciones por sobreseimiento libre si se les puede atribuir la totalidad o la mayoría de tales efectos

### 2. CLASES.

El sobreseimiento puede ser:

- El sobreseimiento ***libre***, debe pronunciarse ante la falta absoluta de tipicidad del hecho o de responsabilidad penal de su presunto autor y es equiparable, tal y como se ha indicado, a una ***sentencia absolutoria anticipada***, por cuanto goza de todos los efectos materiales de la cosa juzgada, razón por la cual debe de estar minuciosamente motivado.

- El sobreseimiento ***provisional***, sucede cuando se carece de la base fáctica suficiente para acreditar la perpetración del delito o la participación en él de su presunto autor y ocasiona la mera suspensión del procedimiento. La instrucción puede reabrirse, si nuevos actos de investigación practicados vienen a acreditar aquellos extremos.

- El sobreseimiento ***total*** es procedente, cuando, existiendo una pluralidad de imputados, o no ha existido el hecho punible, carece de tipicidad penal o ninguno de ellos tiene participación alguna en el hecho punible, por lo que su solución ha de ser la propia del «litisconsorcio necesario»: el archivo de la causa para todos ellos. Pero, si, de dicha pluralidad de imputados, subsisten indicios de criminalidad contra alguno o algunos de ellos, el sobreseimiento será ***parcial*** y el juicio oral se abrirá tan sólo contra quienes no les favorezca

## II. EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL.

### 1. PRESUPUESTOS.

La finalidad esencial de la fase intermedia consiste en **determinar si concurren o no los presupuestos, materiales y formales**, que condicionan la apertura del juicio oral o, lo que es lo mismo, la admisibilidad y fundamentación de la pretensión penal. La ausencia de alguno de ellos ha de ocasionar el oportuno sobreseimiento.

#### A) **Presupuestos procesales «stricto sensu».**

La tesis de la jurisprudencia del TS es que la constatación en la instrucción de la **ausencia de algún presupuesto** procesal ha de **conllevar** la solución del **sobreseimiento provisional**.

Con la sola **EXCEPCIÓN** de las **causas de exención de la responsabilidad penal** que puede llegar a un sobreseimiento libre con plenos efectos de cosa juzgada, poniendo en riesgo el derecho a la tutela del ofendido,

#### B) **Insuficiencia de prueba.**

Cuando, de la instrucción practicada, los actos de investigación hubieran puesto de relieve **la falta del material de hecho suficiente para fundamentar la pretensión punitiva,** bien en su dimensión objetiva, bien en la subjetiva habrá de sobreseerse «provisionalmente»

## 2. EFECTOS.

*El sobreseimiento provisional* ***NO produce efectos materiales de cosa juzgada***, sino tan sólo la **suspensión del procedimiento**, en tanto permanezca la causa que lo motiva.

- Si el sobreseimiento fuere ***TOTAL*** se **decretará el *archivo* de la causa** en el órgano jurisdiccional que hubiere entendido de la instrucción, y se devolverán las piezas de convicción a su «dueño conocido» y se dispondrá la cancelación de las fianzas y embargos.
    - Si las «piezas de convicción» no estuvieran «dentro del comercio de los hombres» se producirá su comiso y eventual inutilización.
    - Si, frente al dueño conocido algún tercero reclamara su propiedad, permanecerán retenidas y el Tribunal le fijará un plazo para que acredite la interposición por el tercero de la correspondiente acción civil, finalizado el cual, sin que se hubiese acreditado, serán devueltas a su dueño.
    - Si no tuvieran dueño conocido, el Tribunal decretará su archivo.
- Cuando el sobreseimiento fuere ***PARCIAL*** se procederá a la **apertura del juicio oral contra aquellos imputados** que no se vieren afectados por el sobreseimiento, cancelándose con respecto a los demás las fianzas y embargos

# III. EL SOBRESEIMIENTO LIBRE.

Se entiende por sobreseimiento libre **los Autos dictados por el órgano jurisdiccional competente, especialmente motivados, que**, con efectos materiales de la cosa juzgada, **ponen fin** a una **instrucción concluida mediante la declaración**, bien de la inexistencia del hecho punible, bien de falta de tipicidad del hecho, bien de ausencia de responsabilidad penal del imputado. **Notas esenciales:**

## 1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

### A) Competencia.

- **En el sumario ordinario**, el órgano competente para dictar el sobreseimiento es la Audiencia Provincial, previa conclusión del sumario efectuada por el Juez de Instrucción;

- **En el proceso abreviado**, la competencia pertenece al Juez de Instrucción, quien puede dictarlo, tanto al término de las Diligencias Previas, como, en la fase intermedia
    - Al tratarse de alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal, habrá de abrir el juicio oral a fin de que en él se pruebe su concurrencia;
- **En un juicio rápido,** corresponde la competencia objetiva al Juez de Guardia.

### B) Motivación.

Han de encontrarse minuciosamente motivados debido a que los autos de sobreseimiento libre ocasionan los efectos materiales de la cosa juzgada. Debe acreditarse la concurrencia fáctica, derivada de los actos de investigación practicados y de la prueba instructora.

La exigencia de dicha motivación permitirá que, el TS, a través del recurso de casación, o el TC, mediante el amparo, puedan controlar la adecuación a Derecho de la resolución impugnada

C) **Motivos.**

Las causas que posibilitan este sobreseimiento se contemplan en el **art. 637**, a saber:

- ***1.º*** *Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.*
- ***2.º*** *Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.*
- ***3.º*** *Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores*».

### 2. EFECTOS.

Los autos de sobreseimiento libre producen la totalidad de los efectos de la cosa juzgada,

- **positivos** (la ejecutoriedad que se concreta en el cese de todas las medidas cautelares y provisionales y la prejudicialidad),
- **negativos**, esto es, el efecto exclusivo y excluyente, que impedirá la reapertura o incoación de un ulterior proceso penal sobre el mismo hecho punible y contra el mismo acusado.
- **indirectos**, el sobreseimiento libre ocasiona los efectos prejudiciales propios sobre la pretensión resarcitoria y la devolución a su legítimo dueño de las piezas de convicción intervenidas (art. 635 LECrim).

## IV. EL PROCEDIMIENTO: LA FASE INTERMEDIA EN EL SUMARIO ORDINARIO.

El tratamiento procedimental del sobreseimiento es distinto, según la índole del procedimiento. Al ser un sumario ordinario el sobreseimiento lo **dicta la AP**, en la **fase intermedia, previa conclusión** del sumario por el **Juez de Instrucción**.

Si la **finalidad esencial** de la fase intermedia consiste en **decidir acerca de la apertura o no del juicio oral**, dicha fase ha de comenzar con el auto de conclusión del sumario y puede finalizar con alguna de estas tres soluciones:

- la revocación del sumario,
- el sobreseimiento
- la apertura del juicio oral, que podrá desembocar
    - en un sobreseimiento
    - o en la formalización por las partes de sus escritos de acusación o calificación provisional.

### 1. EL AUTO DE CONCLUSIÓN.

«*Practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el Juez Instructor, si éste considerase terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al tribunal competente para conocer del delito*»

Se pueden resumirse en las siguientes:

- actos de investigación tendentes a determinar la preexistencia del hecho y su tipicidad penal;
- actos de investigación que determinen la participación del procesado,
- medidas cautelares penales y reales.

**El MF** solicitará la **conclusión del sumario** cuando considere que en él «*se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral*»

**Pronunciado el auto de conclusión**, el Juez pierde su competencia sobre la fase instructora, que pasa a la AP.

El auto de conclusión se notificará a todas las partes personadas, al MF y al procesado, así como a todas las personas que pudieran verse afectadas por los efectos, penales y civiles, ulteriores de la sentencia.

Dicha resolución se pronunciará aun cuando contra determinadas resoluciones del sumario se hayan interpuesto, sin resolverse, el recurso de apelación en su solo efecto devolutivo. El LAJ indicará a la Audiencia lo que provocará la suspensión de la fase intermedia hasta que sean resueltas.

- Si tales apelaciones fueren desestimadas, se reanudará dicha fase;
- Si se admitiesen, se revocará el auto de conclusión,
- La Audiencia no pude dictar un sobreseimiento en un recurso de apelación contra el auto de procesamiento.

## 2. CONSULTA O REMISIÓN DEL SUMARIO.

El instructor puede calificar el hecho punible como delito leve, en el momento de la conclusión. En tal caso, con carácter previo a la conclusión, habrá de consultar dicha calificación a la Audiencia.

- Cuando el auto de remisión al Juzgado sea firme, se emplazará a las partes ante el mismo para que, en el plazo de cinco días, comparezcan para el enjuiciamiento de delitos.
- Si el Juez califica el hecho como constitutivo de delito remitirá el sumario y las piezas de convicción a la Audiencia, emplazando a las partes para que comparezcan ante ella en el plazo de diez días.

Finalizado dicho plazo común, se les otorgará al MF, al querellante y a la defensa del procesado o procesados un plazo no inferior a tres, ni superior a diez días, a fin de que dichas partes puedan instruirse y solicitar por escrito, bien la confirmación del auto de conclusión, bien su revocación para práctica de nuevas diligencias (art. 627.I LECrim).

- Si alguna de las partes solicitara la revocación del sumario, concretará las nuevas diligencias que deban practicarse;
- Si solicitaran su confirmación, en el mismo escrito habrán de pedir, bien la apertura del juicio oral, bien el sobreseimiento (art. 627.3 y 4 LECrim).

## 3. PETICIÓN DE SOBRESEIMIENTO.

Como una manifestación del sistema acusatorio («*nemo iudex sine acusatore*») hay que

Según el principio («*nemo iudex sine acusatore*») se concibe la petición de sobreseimiento, realizada por las partes acusadoras, Ministerio Fiscal y al ofendido, en aquellos delitos que permitan afirmar la existencia de un sujeto pasivo.

Cabe distinguir las **siguientes hipótesis:**

❖ Si ambas partes, solicitaran la apertura del juicio oral, el tribunal no podrá prescindir de dictar el correspondiente auto de apertura.
❖ Cuando entre las partes acusadoras existiera divergencia en la solicitud de sobreseimiento o de apertura del juicio oral, el tribunal podrá proceder a dicha apertura o a dictar un auto de sobreseimiento libre, contra el cual cabe utilizar el recurso de casación por infracción de ley.
❖ Si el Ministerio Fiscal solicitara el sobreseimiento y no existiere acusador particular en el procedimiento, el tribunal de oficio llamará a la causa a los ofendidos y perjudicados a fin de realizarles un último ofrecimiento de acciones. Si se personaren, el tribunal procederá de conformidad con lo dispuesto en los supuestos contemplados.
❖ Pero, si no se personase acusador particular alguno, y el tribunal considerase improcedente la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal, podrá dirigirse a su superior jerárquico a fin de que, dicho superior, como consecuencia de los principios de unidad y dependencia del Ministerio Público, ratifique o rectifique, en la forma prevenida por el EOMF, dicha petición de sobreseimiento. Si se mantuviera la primera solución, el tribunal acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal.
❖ Y, si el Ministerio Fiscal y el ofendido o perjudicado instaran el sobreseimiento, habrá el tribunal de dictarlo, aun cuando el acusador popular pida la apertura del juicio.
Realizadas las peticiones, devuelta la causa y transcurrido el plazo de tres días, el tribunal,

- si revocare el auto de conclusión, dispondrá las diligencias que deba practicar el Juez de Instrucción, devolviéndole las piezas de convicción que estimare necesarias para su práctica.
- si confirmare dicho auto, «el Tribunal resolverá, dentro del tercer día, respecto a la solicitud del juicio oral o de sobreseimiento».

## V. LA FASE INTERMEDIA EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

El proceso penal abreviado consiste, a diferencia del sumario ordinario, en haber otorgado también la fase intermedia al Juez de Instrucción con lo que se obtienen dos sustanciales ventajas:

- la **economía procesal,** ya que el otorgamiento de la fase intermedia a la AP, con su posibilidad de revocación del auto de conclusión, ocasiona no pocas dilaciones indebidas,

- este sistema proporciona un **mayor reforzamiento de la garantía del Juez «imparcial»**. La principal función de la fase intermedia consiste en decidir sobre la apertura o no del juicio oral contra al imputado, su concesión a la AP le ocasiona mayor pérdida de imparcialidad que su traslación, en el abreviado, al Juez de Instrucción, lo que posibilita la constitución del Juez de lo Penal sin haber tomado conocimiento alguno de la instrucción.

El sobreseimiento en el abreviado puede **ser dictado en dos ocasiones procesales**:
- en la conclusión de las Diligencias Previas por el Juez de Instrucción
- en la decisión del Juez de Instrucción posterior a dicho Auto de conclusión, al resolver la petición de sobreseimiento planteada por las partes.

## 1. EL SOBRESEIMIENTO COMO CONCLUSIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS.

Una vez practicadas las Diligencias Previas, el Juez, podrá: «*Si **estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal** o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun **estimando** que el hecho puede ser constitutivo de delito, **no hubiere autor conocido**, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo*».

El Juez de Instrucción está autorizado para dictar alguna de las siguientes resoluciones:

- a) el **sobreseimiento libre**, pero sólo por la causa de falta de tipicidad del hecho punible,
- b) el **sobreseimiento provisional y archivo**, bien porque no aparece justificada la perpetración del delito, bien porque no existiera autor conocido.

## 2. EL SOBRESEIMIENTO EN LA FASE INTERMEDIA.

Si el Juez de Instrucción no apreciara la existencia del sobreseimiento y **dictara su** Auto de Incoación del Procedimiento Penal Abreviado o **Auto de conclusión** de las Diligencias Previas y de imputación contenido en el art. 779.4 LECrim, **dará traslado** exclusivamente a las partes acusadoras a fin de que soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 780.I LECrim).

Tras dicho auto de conclusión comienza la fase intermedia donde el Juez **notificará** a todas las partes dicho Auto e **instará** de las acusadoras su petición de **apertura del juicio oral** o de **sobreseimiento** con posibilidad, solo para el MF, de pedir la revocación del auto para práctica de nuevas diligencias (art. 780 LECrim).

### A) Petición de reapertura de la instrucción

Si el MF insta la reapertura de la instrucción por faltar los elementos esenciales para la tipificación del hecho, el Juez la acordará, pero, si quien la solicita es alguna parte acusadora privada, «acordará lo que estime procedente».

A diferencia del sumario ordinario, la petición del MF por la indicada causa es vinculante, mientras que puede libremente disponer la apertura del juicio cuando sea un acusador particular quien inste la revocación de las diligencias (art. 780.2 LECrim).

Esta diferencia de trato entre las partes acusadoras no conculca el principio de «igualdad de armas», pues el MF está vinculado a los principios de igualdad e imparcialidad.

### B) La petición vinculante de sobreseimiento.

En el procedimiento abreviado, **si ambas partes** acusadoras o el MF exclusivamente sin que haya comparecido acusador particular alguno, **solicitaran el sobreseimiento, lo acordará el Juez,** salvo «en los supuestos de los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 del Código Penal».

En los demás casos de eximentes o de causas de extinción de la responsabilidad penal, el **Juez de Instrucción queda vinculado por esta petición del MF** y de la acusación particular, debiendo **dictar**, bien un auto de sobreseimiento libre o provisional. Si no existiera acusación particular, y el

MF instara el sobreseimiento, puede el Juez dirigirse al Fiscal-jefe de la respectiva Audiencia a fin de que se ratifique o no en dicha petición.

La jurisprudencia del TS interpretó el concepto «acusador particular» como ofendido o perjudicado, por lo que sólo la petición de sobreseimiento formulada por dicho acusador privado, junto con la del MF, vinculan al Tribunal decisor.

### C) La petición de apertura del juicio oral.

Si alguna de las partes acusadoras **pidiera la apertura del juicio oral**, diel art. 783.1 LECrim que «*el **Juez de Instrucción la acordará**, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641*».

# Lección 23 LOS ACTOS DE INTERPOSICIÓN Y DISPOSICIÓN DE LA RETENSIÓN PENAL

## I. LOS ACTOS DE INTERPOSICIÓN DE LA PRETENSIÓN PENAL.

Un segundo grupo importante de actos de postulación vienen integrados por los de deducción o formalización de la pretensión, que en el proceso penal, siguen un orden escalonado: primero se ejercita la acción en el escrito de iniciación del proceso penal; a continuación, a lo largo de toda la fase instructora, a través de la introducción de los hechos a la misma, sucede la imputación judicial y se prepara la fundamentación de la pretensión, para poder entonces las partes, una vez conclusa la instrucción y abierto el juicio oral, formalizar sus respectivas pretensiones u oponerse a ellas.

Dichos actos de formalización de la pretensión reciben la denominación de ***escritos de calificación provisional***, en el procedimiento común para delitos muy graves o***, escritos de acusación***, en el abreviado, y en ellos, se introduce la pretensión con todos sus elementos esenciales y formales. Pero la formalización de la pretensión en tales actos no es definitiva, ya que, en el proceso penal, todavía se les autoriza a las partes a modificarla al término del juicio, tras la práctica de la prueba, en los escritos de ***conclusiones definitivas***.

## II. LOS ESCRITOS DE ACUSACIÓN O DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL.

### 1. FUNDAMENTO.

Una vez conclusa la instrucción y dentro de la fase intermedia, se les ha de conferir a las partes un plazo de ***cinco días*** para que redacten y presenten sus respectivos ***escritos de calificación provisional o de acusación*** que, como se ha indicado, son actos de postulación en los que las partes proceden a formalizar la pretensión punitiva o a oponerse a ella.

El fundamento de los referidos escritos descansa en el principio ***acusatorio***, en la vigencia de las máximas romanas «*ne procedat iudex ex officio*» (*no proceda el juez de oficio*) y «*nemo iudex sine acusatore*». Para la apertura del juicio oral es necesario, en el proceso contemporáneo, que la pretensión penal sea planteada y mantenida por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional, pues en cualquier otro caso, nos encontraríamos ante un proceso inquisitivo. Mediante la interposición de la pretensión penal por las partes acusadoras se da cumplida respuesta a la referida exigencia del sistema acusatorio.

Pero, a fin de que se pueda garantizar el derecho de defensa, no es suficiente la formalización de la acusación, sino que es necesario que el acusado la pueda eficazmente ***contestar***, para lo cual es imprescindible, en primer lugar, que cronológicamente la acusación preceda siempre a la defensa y, en segundo, que se le notifique dicha acusación al imputado, concediéndole un tiempo prudencial para la preparación de su defensa. Tan sólo en tales términos hay que entender cumplida la garantía, contenida en el **art 24. 2º** de la Constitución, o derecho del procesado «*a ser informado de la acusación formulada contra él*».

## 2. CONCEPTO Y ELEMENTOS

Los escritos de calificación provisional, en el sumario ordinario, o de acusación, en el abreviado, son, pues, actos de postulación de las partes, mediante los cuales fundamentan y deducen la ***pretensión punitiva*** y, en su caso ***civil de resarcimiento*** o, en uso del derecho de defensa, se oponen a ella, articulando un escrito en el que exponen y califican los hechos punibles investigados en la instrucción, determinan el tema de la prueba **y** efectúan la primera delimitación del ***objeto del proceso*** sobre el que ha de recaer la actividad decisoria del tribunal. Del enunciado concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

- A) Los escritos de calificación provisional son, en primer lugar, actos de postulación, que asisten a ***todas las partes procesales***, si bien en atención a la posición que pueden asumir frente al hecho punible, su contenido es muy diverso. De este modo, cabe distinguir las calificaciones provisionales relativas a la pretensión penal, que han de deducir el Ministerio Fiscal, querellante público, particular o privado, de un lado, y las de la defensa, de otro, y las referentes a la pretensión civil que han de formular el actor civil, por una parte, y el responsable o tercero civil, por otra.

- B) El contenido esencial de los escritos de calificación consiste en la deducción de ***la pretensión penal*** **y**, en su caso, de la civil dimanante de la comisión del delito. Son actos procesales, pues, de interposición de la pretensión, que vienen a cumplir, una función similar al escrito de demanda.

- C)Mediante la interposición, pues, de la pretensión penal por las partes acusadoras y su contestación, en el oportuno escrito de calificación provisional de la defensa, queda integrado el ***objeto procesal penal***, el cual consiste en una petición de pena, basada en un título de condena y fundamentada en la presunta comisión de un hecho punible de carácter histórico por una persona que previamente ha de haber sido imputada.

- D)Los escritos de calificación provisional, sin embargo, y como su nombre indica, ocasionan una calificación ***provisional*** del hecho punible, con respecto a la cual las partes son libres de modificarla, tras el resultado de la prueba y en las conclusiones definitivas mediante el cambio del título de condena o el de las circunstancias modificativas de la culpabilidad. Incluso la LECrim autoriza al tribunal a sugerir a las partes nuevas tesis jurídicas a fin de que pueda entrar a conocer de ellas, sin incurrir en el motivo de casación del **art. 851.4**. A los efectos de determinar la congruencia lo decisivo es lo solicitado en las calificaciones definitivas y no en las provisionales.

- D)Los escritos de calificación provisional, generan una calificación provisional del hecho punible, con respecto a la cual las partes son libres de modificarla tras el resultado de la prueba y en las conclusiones definitivas mediante el cambio del título de condena o el de las circunstancias modificativas de la culpabilidad. El Tribunal puede sugerir a las partes nuevas tesis jurídicas, sin incurrir en el motive de casación del número 4º art. 851 LECrim. La congruencia queda determinada en todo caso mediante lo solicitado en las calificaciones definitivas y no en las provisionales.

- E) Igual que acontece con la demanda civil, los escritos de calificación provisional asumen la función de determinar el ***tema de la prueba***. Tan sólo sobre los hechos afirmados y contradichos por las partes en los escritos de calificación versará la actividad probatoria en el juicio oral con arreglo a las reglas de distribución de la carga de la prueba. Por esta razón, la

facultad excepcional que tiene el tribunal de disponer la práctica de oficio de algún medio probatorio goza de una importante restricción: los tales medios de prueba han de versar sobre los hechos «*que hayan sido objeto de los escritos de calificación*».

- F) Finalmente, los escritos de acusación determinan el ***elemento subjetivo*** del proceso penal, esto es, el ***acusado***, quien no puede serlo sin haber sido declarado previamente procesado o imputado y oído por el Juez en dicha calidad, dentro de la fase instructora.

## 3. CLASES.

Los escritos de calificación provisional son susceptibles de ser clasificados conforme a los siguientes criterios:

- Atendiendo a su contenido: pueden existir escritos de calificación de la pretensión penal y de la pretensión civil.
- Según sus efectos y trámite procesal se distinguen los escritos de calificación provisional y las calificaciones definitivas o «conclusiones».
- Atendiendo al número de pretensiones los escritos de calificación provisional pueden contener pretensiones únicas o afirmativas y complejas o alternativas.
- En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado pueden sucederse hasta tres calificaciones provisionales: ***a)*** la del **art. 29 LOTC**, que ofrece la particularidad de que se pueden solicitar en ella la práctica de diligencias sumariales en la audiencia preliminar; ***b)*** la segunda modificación de dichas calificaciones al término de la referida audiencia; y ***c)*** las que, al amparo del **art. 36.1«c-d»**, se les permite a las partes bajo la fórmula de las «*cuestiones previas*».

## 4. REQUISITOS FORMALES.

De conformidad con lo establecido en los **arts. 649.1** que las partes han de calificar los hechos por escrito. La vigencia del presente principio no excluye el requisito de oralidad en las conclusiones definitivas, si bien se exige también su plasmación por escrito que, en la práctica forense, se efectúa de forma manuscrita.

## 5. LA FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA.

Debido a la relevante circunstancia de que el hecho punible conforma el objeto del proceso penal, la determinación de este elemento esencial de la pretensión reviste singular relieve en los escritos de calificación provisional. A ella se refiere expresamente el **art. 650**:

A) **«Los hechos punibles que resulten del sumario».**

La determinación, en la conclusión primera, del hecho punible, constituye un elemento esencial de los escritos de calificación hasta el extremo de que su ausencia ha de motivar la reputación de acto inexistente a una calificación así realizada, pues, dicha omisión frustraría el derecho de defensa y el acusatorio. Pero, no pueden las partes, en dicha conclusión primera, reflejar cualesquiera hechos punibles, sino única y exclusivamente los «*que resulten del sumario*». Las partes acusadoras deben realizar una relación circunstanciada, temporal y espacial, de los hechos punibles, que han de constituir el objeto del juicio oral.

**B) «Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes y agravantes del delito o eximentes de la responsabilidad criminal».**

De conformidad con lo dispuesto en el **art. 650.4**, habrán de consignarse los hechos determinantes de la aplicación de las circunstancias modificativas de la culpabilidad. Tales circunstancias habrán de reflejarlas, tanto las partes acusadoras, como la defensa. Naturalmente, las primeras alegarán los hechos constitutivos de la norma penal, cuya aplicación se solicita (el MF no puede solicitar en esta fase la absolución, pero si lo puede solicitar con anterioridad solicitando el sobreseimiento, o con posterioridad mediante la retirada de la acusación), y la defensa tendrá que alegar los hechos impeditivos o extintivos (tan solo el perdón del ofendido podría calificarse como excluyente), que desvirtúen el fundamento fáctico de la pretensión punitiva.

**C) «La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida».**

El **art. 650**, establece la necesidad de que se concrete el «*quantum*» de la indemnización civil o se determine la cosa que deba ser restituida. Naturalmente, el cumplimiento de este requisito queda condicionado a que, en primer lugar, el delito haya producido algún daño en la esfera patrimonial del perjudicado; en segundo, a que el perjudicado no haya renunciado o reservado su acción civil y, finalmente, a que este extremo de los escritos de calificación provisional lo formalice la persona legitimada, esto es, el «perjudicado» o el Ministerio Fiscal, en su calidad de sustituto procesal.

El objeto de esta pretensión estará dirigido, bien a obtener la restitución, bien la reparación o la indemnización de daños y perjuicios, disciplinándose en el curso del juicio oral por los propios principios del proceso civil.

En el proceso penal abreviado no es necesario determinar el «*quantum*» de la indemnización, siendo suficiente reflejar «las bases para su determinación», en cuyo caso el fallo civil lo será «a reserva de liquidación» en el procedimiento de ejecución de sentencias.

## 6. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA.

La conclusión segunda de los escritos de calificación provisional ha de contener «*la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan*». La calificación legal del hecho cumple diversas funciones: de forma inmediata puede determinar la incompetencia del juez o la inadecuación del procedimiento; en segundo lugar, determina el ámbito de aplicación de la conformidad; finalmente, a través de ella se fija, de modo provisional, el título de condena, el cual podrá ser modificado por las propias partes en las conclusiones definitivas o por el órgano jurisdiccional con las limitaciones establecidas.

Las partes habrá, pues, de proceder a subsumir el hecho, descrito en la conclusión primera, en las correspondientes normas del CP. Si fueren varios los hechos, objeto de la calificación, habrá de reflejarse si existe entre ellos alguna relación de causalidad a los efectos de estimar, en su caso, las figuras del concurso o del delito continuado. Asimismo, habrá de determinarse el grado de consumación del delito.

Finalmente, las partes son libres en la calificación de los hechos, plasmados en la conclusión primera, sin que tengan que estar vinculados por la calificación efectuada por el Juez de Instrucción en el auto de procesamiento o en cualquier otra resolución formal de imputación siempre y cuando dicha calificación recaiga sobre los hechos punibles investigados en el sumario.

## 7. LA LEGITIMACIÓN PASIVA.

De conformidad con la posibilidad de acumulación de pretensiones, penal y civil, en el proceso penal habrán de individualizarse cada uno de sus destinatarios, es decir, tanto al acusado, como al responsable civil:

**A) «La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fuesen varios».**

Constituye este requisito un elemento esencial de los escritos de calificación provisional, puesto que, sin identificación del acusado no puede existir juicio oral. En esta conclusión, no sólo habrá de identificarse al acusado, sino que se habrá de describir también el grado de participación en el delito (si lo es en calidad de autor, cómplice o encubridor).

En cuanto a la ubicación de este requisito en los escritos de calificación provisional no constituirá motivo de nulidad alguno, si la identificación del acusado se realizara en un orden distinto al trazado por el **art. 650**, pues el rigorismo formal de los escritos de calificación provisional tan sólo tiene sentido en el Tribunal del Jurado.

Tampoco el grado de participación del acusado ha de guardar correlación alguna con el sustentado en el auto de procesamiento, que, en su función de determinar la legitimación pasiva, es un requisito previo de la asunción de la cualidad de acusado en los escritos de calificación provisional. Pero, las partes son absolutamente dueñas de reflejar en ellos un grado de participación distinto al plasmado en las resoluciones de imputación, formuladas a lo largo de la fase instructora.

**B) «La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad».**

En segundo lugar, hay que reflejar también la legitimación ***civil*** pasiva. En la inmensa generalidad de los casos, ***responsable civil*** será el propio acusado, pues, como afirma el **art. 116 CP**, «*toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente*». Pero, puede suceder que el responsable civil sea un ***tercero*** (puede ser por imperativo legal 117-122 CP o por obra de la autonomía de la voluntad de las partes –ejem suscripción de un contrato de seguro-) en cuyo caso habrá que determinar ese tercero civil supuestamente responsable.

En todos estos supuestos el referido precepto obliga a las partes acusadoras a dirigir la «acción civil» contra ellos, describiendo el título en virtud del cual han adquirido dicha obligación con el objeto de que sean emplazados en el juicio y puedan ejercitar su derecho de defensa.

## 8. LA PETICIÓN DE PENA.

Los escritos de calificación provisional han de finalizar con la descripción de «*las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fuesen varios, por razón de su respectiva participación en el delito*».

Para la individualización de la pena, las partes habrán de tomar en consideración las reglas de medición, debiendo reflejar, tanto las principales, como las accesorias. El **art. 653 LECrim** permite que, de acorde con la calificación legal efectuada, se planteen distintas peticiones de pena de forma «*alternativa*».

## 9. PROPOSICIÓN DE PRUEBA Y OTRAS PETICIONES.

Junto a los escritos de calificación, y sin necesidad de solicitar la apertura del proceso a prueba, las partes habrán de proponer todos los medios de prueba, de los que habrán de valerse en el juicio oral, adjuntando las oportunas listas de testigos y peritos. Pero esta rigidez de la preclusión de la proposición de prueba en el sumario ordinario (a diferencia del abreviado, donde se puede proponer prueba hasta la comparecencia previa del inicio del juicio oral), ha sido mitigada por la jurisprudencia del TS, que permite plantear peticiones adicionales de prueba hasta el inicio de las sesiones del juicio oral, siempre y cuando:

- esté justificada de forma razonada;
- no suponga un fraude procesal, y
- no constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad.

No hay que incorporar, por el contrario, lista de preguntas o «pliego de posiciones» alguno, pues rige en el penal el principio de ***oralidad*** y la ejecución de la prueba se realizará bajo la técnica de la «*cross examination*» con la inmediación del Tribunal.

Si alguna de las partes quisiera que se exhibiera en el juicio el cuerpo del delito o algunas de sus piezas de convicción, también habrá de solicitarlo en dicho escrito. En cuanto a la prueba pericial, si la practicada en la instrucción no fuera de la conformidad de alguna de las partes, habrá de impugnarla y proponer nueva prueba o la declaración del perito que la ha intervenido para someter la prueba a contradicción en el juicio oral.

También las partes podrán solicitar la práctica de la prueba anticipada, cuando sea del todo punto imposible su reproducción en el juicio oral. Puede además solicitarse que el Tribunal disponga los correspondientes mandamientos para la aportación a la causa de documentos o que las citaciones las efectúe de oficio el Tribunal. Por el contrario, y debido al criterio «legal» del vencimiento en la imposición de costas, no es necesario solicitar la condena en costas.

## III. LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LA PRETENSIÓN.

### 1. CONCEPTO Y CLASES.

A diferencia del proceso civil en donde se discuten derechos e intereses privados, en el derecho penal el derecho en conflicto "el derecho de penar" es un derecho público que pertenece al Estado, de naturaleza no dispositiva, de tal forma que las partes no pueden disponer de la pretensión penal y ocasionar la finalización anormal del proceso.

No obstante, subsisten determinados actos de disposición, los cuales, en una primera clasificación pueden ser sistematizados en impropios y propios:

#### A) Impropios

Constituyen actos impropios de disposición de la pretensión penal el desistimiento o «abandono de la querella» en los delitos públicos, la petición vinculante de sobreseimiento y la retirada de la acusación.

***a) El abandono de la querella.*** A la primera de las enunciadas figuras se refiere de manera implícita el **art. 276**, conforme al cual, en los supuestos de sucesión procesal «*se tendrá por abandonada la querella cuando por muerte o por haberse incapacitado el querellante para continuar la acción, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla dentro de los treinta días siguientes a la citación que al efecto se les hará, dándoles conocimiento de la querella*». De la redacción del precepto es claro que no nos encontramos ante un auténtico supuesto de disposición de la pretensión, toda vez que el único efecto que ha de producir el abandono de una querella por delito público es no tener al querellante como parte acusadora en el procedimiento; pero en modo alguno se puede ocasionar la finalización del mismo, ya que el deber del Ministerio Fiscal de sostener la pretensión, en tales supuestos, deviene ineludible.

***b) La petición vinculante de sobreseimiento.*** Distinto efecto ocasiona la petición de sobreseimiento efectuada por el Ministerio Fiscal, sin que acusador particular alguno inste la apertura del juicio oral. En tales casos, es cierto que el efecto principal consiste en la finalización de la instrucción mediante sobreseimiento, pero tampoco lo es menos que el Ministerio Fiscal, en nuestro ordenamiento procesal, no está autorizado a instar dicho sobreseimiento por razones de oportunidad, sino, antes al contrario, está sometido al de ***legalidad*** ,razón por la cual tan sólo solicitará el sobreseimiento cuando concurra alguna de las causas que lo posibilitan o, lo que es lo mismo, cuando no concurran los presupuestos y requisitos de la pretensión penal. Si compareciera el ofendido a solicitar la apertura del juicio oral, no procede dictar un sobreseimiento provisional, sino tan sólo el libre por el motivo del **art. 637.2**. La utilización en tal caso de un sobreseimiento provisional abre las puertas al recurso de amparo.

***c)La retirada de la acusación*.** Al igual que en el supuesto anteriormente contemplado, tampoco le es dado al Ministerio Fiscal retirar la acusación en un juicio oral determinado, aun cuando dicha retirada haya de producir la absolución del acusado, y ello, por idéntica razón: en nuestro proceso penal, informado por el principio de legalidad, el Ministerio Fiscal tan sólo puede retirar la acusación cuando la ejecución de la prueba evidencie la inocencia del acusado. Este acto de postulación no se encuentra previsto en nuestra LECrim, si bien, con fundamento en los referidos preceptos sobre la petición de sobreseimiento, en la práctica forense no era inusual que algunos miembros del Ministerio

Público provocaran la finalización anormal del juicio. En este sentido, el **art. 51 LOTJ** dio carta de naturaleza a la retirada de la acusación en los juicios con Jurado.

**B) Propios.**

Merecen esta calificación exclusivamente aquellos actos de postulación, en los que, existiendo, de un lado, una acción típica, culpable y punible, y habiéndose determinado, de otro, su presunto autor, las partes deciden poner fin al procedimiento por razones de política criminal. Tales actos de disposición de la pretensión están integrados por el perdón del ofendido y la conformidad.

## IV. EL PERDÓN DEL OFENDIDO. ***EXAMEN

El perdón del ofendido o renuncia a la acción penal supone la renuncia al objeto del proceso penal, el cual, está integrado por la pretensión penal y la civil acumulada a la misma, por lo que hay que distinguir de la renuncia a la acción penal, de la de la acción civil. Aun cuando el **art. 106** hable de renuncia a la acción penal, habiéndose ésta ya ejercitado, lo que contempla el precepto, en realidad, es la ***renuncia a la pretensión penal*** como medio de finalización anormal del procedimiento. A tal efecto, distingue la norma dos supuestos claramente diferenciados:

- la renuncia por el ofendido a la pretensión penal dimanante de un delito público, en cuyo caso no se extinguirá el proceso instaurado, y
- la misma renuncia en el supuesto de proceso por delito privado, la cual sí tiene la virtualidad de poner fin al procedimiento.

### 1. PROCESO PENAL POR DELITO PÚBLICO.

Cuando el objeto del proceso penal lo constituye un delito público, la norma es lo suficientemente clara al determinar que la renuncia del ofendido a la pretensión no producirá la extinción del procedimiento, pues, de conformidad con los principios de legalidad y oficialidad, el Ministerio Fiscal vendrá obligado al sostenimiento de la pretensión penal.

Lo que sí puede suceder, es que el querellante renuncie al sostenimiento de la pretensión.

«…P*odrán apartarse de la querella en cualquier tiempo, quedando, sin embargo, sujeto a las responsabilidades que pudieran resultarle por sus actos anteriores*». Tales responsabilidades pueden ser, tanto económicas, como lo sería la pérdida de la fianza del acusador popular o la condena al pago de las costas, como incluso penales, si, mediante la interposición de la querella, hubiere el acusador particular incurrido en delito de acusación falsa o calumniosa.

Pero el «abandono» o renuncia de la querella tan solo tiene la virtualidad de apartar al querellante como parte acusadora, debiendo sostener, como se ha dicho, la pretensión el Ministerio Fiscal

### 2. PROCESO PENAL «A INSTANCIA DE PARTE»: EL PERDÓN DEL OFENDIDO.

En donde la renuncia del ofendido a la pretensión penal alcanza la plenitud de sus efectos es en los procesos penales que hayan de incoarse necesariamente «a instancia de parte», en cuyo caso

dispone el número segundo del **art. 106** que se extinguirá la «acción penal» o, lo que en la LECrim es lo mismo: fenecerá la pretensión penal y finalizará el procedimiento, debiendo dictar el órgano jurisdiccional una resolución absolutoria de fondo para el imputado. Así se encarga de corroborarlo también el **art. 275** que permite la finalización del proceso por delito privado mediante ***caducidad***, cuando el acusador privado deje de instar el procedimiento.

La renuncia a la pretensión no es más que el acto procesal a través del cual se hace valer el ***perdón del ofendido*** como acto material de extinción de la penalidad regulado en el CP.

## V. LA CONFORMIDAD. ***EXAMEN

### 1. REGULACIÓN LEGAL.

A) Tradicionalmente la institución de la conformidad venía siendo regulada en el ámbito del proceso común ordinario, en dos momentos claramente diferenciados: dentro de la fase intermedia, al formalizar la defensa su escrito de contestación a la acusación y ya en la del juicio oral, al inicio de las sesiones, cuando a pregunta del presidente del Tribunal el acusado se «*confesara reo del delito*» imputado En ambos casos, y siempre y cuando el hecho calificado no excediera de una pena privativa de libertad de seis años, la «conformidad» o la «confesión» del acusado ocasionaba la finalización del proceso mediante sentencia, dictada sin el previo y preceptivo juicio oral.

B) Se estableció una nueva normativa de dicha institución que, si bien es cierto que formalmente no derogó a la de la conformidad del proceso común, tampoco lo es menos que, extendiendo los Juzgados de lo Penal su competencia objetiva hasta cinco años y siendo el procedimiento abreviado el adecuado para el enjuiciamiento de delitos castigados con penas de hasta ***nueve años***, provocó la «caída en desuso» de las referidas normas del procedimiento común, permaneciendo su eficacia limitada al mero valor de «Derecho supletorio».

C) A la anterior normativa cabe incorporar las especialidades que en esta materia efectuó la LO 5/1995 creadora del Tribunal del Jurado y que pueden sintetizarse en las reglas siguientes:

- en primer lugar, dado el silencio de la LOTJ sobre la conformidad en la fase intermedia, ha de ser de aplicación la normativa de la conformidad del proceso común para delitos graves, siempre de aplicación supletoria, con lo que en este procedimiento podrán efectuarse las dos conformidades del sumario ordinario;

- pero, con independencia de tales conformidades, en este procedimiento todavía cabe efectuar una «tercera» conformidad al término de las sesiones del juicio oral en la fase de conclusiones definitivas.

D) Por último, tras la reforma de la LECrim, que instauró la «conformidad premiada», se da nuevo contenido a la conformidad en el ámbito del procedimiento abreviado, pero, sobre todo, en los juicios rápidos, en los que se instaura esta nueva conformidad que puede prestarse ante el Juzgado de Guardia con una sustancial rebaja de la pena de un tercio.

## 2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La conformidad es un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio «puro» de oportunidad, por el que, mediante al allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada. Del referido concepto sobre la conformidad se infieren, pues, las siguientes notas esenciales:

a) La conformidad es, en primer lugar, un acto procesal, que, en cuanto tal, encierra ante todo una declaración de voluntad de poner fin a un proceso penal ya iniciado. Dicha declaración de voluntad necesariamente ha de consistir en el reconocimiento y voluntad de la defensa de cumplir la pena más grave de las solicitadas por las distintas partes acusadoras. Por tal razón la conformidad encierra siempre un ***allanamiento*** de la defensa a la pretensión penal, entendida como petición de pena y no como hecho punible.

Pero la LO 7/1988 intentó estimular la ***confesión*** del imputado, otorgándole toda una serie de beneficios procesales y materiales, y que llega a ofrecer una rebaja de la pena. Todo esto nos permitirá distinguir la existencia de dos tipos de conformidades: la «plena» a la petición de pena y al hecho punible, que participa también de la naturaleza jurídica de la confesión, y la «limitada» al «*petitum*» de las partes acusadoras, que no encierra más que un mero allanamiento.

b) En segundo lugar, la conformidad es un acto procesal ***unilateral***, que jurídicamente asiste única y exclusivamente a la defensa, entendida como parte dual, que requiere la concurrencia tanto del acusado, como de su Abogado defensor.

Por tanto, se confiere al acusado la posibilidad de formalizar su conformidad "en un Nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado", no obstante, y ha constatado el deseo del legislador de estimular sentencias de conformidad "consensuadas" por las partes, queda claro que la titularidad de la conformidad corresponde única y exclusivamente a la defensa.

c)En tercer lugar, la conformidad constituye una manifestación del principio de oportunidad. Pues es posible aun, existiendo de un hecho típico, culpable y punible y manteniéndose la vigencia del principio de legalidad, por el cual el MF está obligado a ejercitar y sostener la acción penal hasta la obtención de una sentencia firme. Lo cierto es que, además, dicha manifestación del principio de oportunidad lo es también (junto con la subsistencia del principio de legalidad) en su forma pura o absoluta, pues no es preciso autorización ni homologación judicial, ni tampoco queda condicionada al cumplimiento de future por el acusado de prestación o condición alguna (ej. reparación de la víctima, realización de trabajos sociales…), sino tan solo al efectivo cumplimiento de la pena que en el acto se la imponga.

## 3. CLASES.

A) Desde un punto de vista subjetivo la conformidad puede ser ***total*** o propia, cuando la totalidad de los acusados la presten, y ***parcial*** o impropia, en el supuesto de que, ante una pluralidad de acusados, tan sólo alguno de ellos la prestará, en cuyo caso será inválida dicha conformidad, debiéndose abrir el juicio oral para todos ellos. Tratándose de una persona jurídica

su conformidad "podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos").

B) Atendiendo al número y naturaleza de las pretensiones, objeto de este allanamiento penal, la conformidad puede ser ***absoluta***, si se extiende no sólo a la pretensión «penal», sino también a la «civil», o ***limitada*** exclusivamente a la pretensión penal, en cuyo caso el juicio oral se abrirá a los solos efectos de debatir la pretensión civil

C) Desde una perspectiva procedimental cabe distinguir una conformidad al escrito de acusación que puede prestarse, bien ***ante el Juez de Guardia***, en el enjuiciamiento rápido, bien ante el Juez de Instrucción en el procedimiento abreviado, otra **al inicio del juicio oral** que es la más frecuente y una tercera sólo ***ante el Tribunal del Jurado en el escrito de conclusiones definitivas***, sin que pueda ser trasladada al proceso común para delitos graves.

D) Atendiendo al ámbito de disposición de la conformidad, puede distinguirse una conformidad plena que se proyecta no sólo sobre la petición de pena, sino también sobre los hechos que la fundamentan, y una conformidad limitada a la aceptación de las peticiones de pena solicitadas por las partes acusadoras. En el primer caso nos encontramos ante un «***allanamiento- confesión***» y en el segundo ante un mero «***allanamiento***».

## 4. PROCEDIMIENTO

La conformidad puede prestarse por escrito en la contestación de la defensa al también escrito de la acusación ante el Juez de guardia en los juicios rápidos y en la fase intermedia en los demás procedimientos. Asimismo, puede formularse verbalmente al inicio de las sesiones del juicio oral y oralmente o por escrito conjunto de la acusación y del defensa conjuntamente firmado en el proceso ante el Jurado. En el caso de las personas jurídicas la conformidad habrá de prestarla su legal representante con poder especial.

Si el acusado decidiera hacer uso de su derecho a la conformidad en su escrito de defensa, en los juicios rápidos puede obtener una rebaja de un tercio de la pena privativa y su suspensión, razón por la cual la hemos denominado conformidad «premiada».

En el procedimiento ante el Jurado y en el abreviado se le permite que lo haga articulando un escrito independiente o en el escrito de acusación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su letrado. En cualquier caso, si desea una rebaja judicial de su pena deberá reconocer los hechos tal y como aparecen reflejados en el escrito de acusación, porque, de otro modo, el juez estará vinculado por la petición de pena de la acusación.

Asimismo, el acusado podrá verbalmente en el juicio oral, y con anterioridad a la práctica de la prueba, manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad «*o con el que se presentase en el acto*» .La Ley permite a las partes acusadoras modificar su escrito de calificación en orden a invocar un título de condena más favorable al acusado, que el primitivo escrito de acusación, siempre y cuando se respete la identidad del hecho(xejem el MF, ante la sustracción de una cosa ajena, decide cambiar la calificación de robo a hurto). Este nuevo escrito de acusación presupone la existencia de una negociación entre la acusación y la defensa en punto a propiciar una sentencia de conformidad.

## 5. EFECTOS.

Los efectos de la sentencia de conformidad son los propios de cualquier sentencia firme: los de la ***cosa juzgada***. Si la conformidad fuere absoluta, dichos efectos se extenderán tanto sobre la parte dispositiva penal como sobre el fallo civil, mientras que si fuere limitada se extenderán únicamente sobre el fallo penal, debiéndose abrir el juicio oral, para el conocimiento de la pretensión civil.

Contra las sentencias de estricta conformidad no cabe recurso alguno porque «nadie puede ir contra sus propios actos»; en cambio, si concurrieran vicios de consentimiento o la pena impuesta no fuera la procedente, puede la parte gravada ejercitar contra la sentencia de conformidad los medios de impugnación pertinentes

# Lección 24 EL JUICIO ORAL

## I. EL JUICIO ORAL: CONCEPTO, CONTENIDO Y FINALIDAD

Una vez **concluida la fase intermedia**, con una resolución judicial favorable a la apertura del juicio **comienza, el juicio oral**, también denominado **plenario o fase de enjuiciamiento**. El proceso penal, comienza en este momento, es ahora cuando el Juez competente para dictar la sentencia toma las riendas del proceso; se presentan las pretensiones condenatorias frente a la defensa se instaura el debate dialéctico; se celebra la prueba en toda su plenitud se presentan las calificaciones definitivas; y, al fin, se dicta la sentencia penal de condena o absolución.

El juicio oral es la última fase procesal del proceso penal, que discurre entre el sobreseimiento libre o provisional de la causa, se dicta el auto de apertura del juicio oral, por parte del Juez o Tribunal hasta que el Juez dicta la sentencia.

El **contenido de esta fase procesal comienza** con el sostenimiento de la acusación penal, conforme a los datos de que disponga/n el acusador/es los prosigue con la celebración del juicio que permitirá dejar perfectamente fijado, tanto el objeto del procesal penal, como su/s destinatario/s: antes de que el Juez proceda, como último acto del proceso penal, a dictar sentencia, que será susceptible de ser impugnada, conforme al sistema general de recursos y por los cauces legalmente establecidos

La **finalidad el juicio oral** el puntual sostenimiento de una pretensión acusatoria que permita la celebración de un juicio dónde se practique, con plena igualdad de armas, la prueba de cargo suficiente para lograr la convicción del Juzgador sobre la única realidad de los hechos para su cabal aplicación del Derecho en la sentencia condenatoria o absolutoria que culmine aquel proceso penal.

## II. EXCEPCIONES PROCESALES.

Las excepciones procesales son los óbices procesales que, de advertirse a instancia de parte —y no ser subsanables o no haberse subsanado puntualmente— impiden la válida prosecución del proceso para su normal finalización mediante una sentencia sobre el fondo.

### 1. LOS ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO

La LECrim a las excepciones que impiden la válida prosecución del proceso penal hasta el término. Así, el art. 666 de la LECrim, en un listado cerrado, establece lo siguiente: Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes:

1ª La de declinatoria de jurisdicción.
2ª La de cosa juzgada.
3ª La de prescripción del delito.
4ª La de amnistía o indulto.
5ª La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a Leyes especiales.

Podrán ser planteadas por cualquiera de las partes personadas en los tres primeros días del plazo para presentar la calificación de los hechos, a continuación, la/s contraparte/s dispondrá/n de los mismo tres días, a partir de aquel en que se le/s hubiere entregado el escrito con esta/s excepción/es

procesal/es, para formular las alegaciones que estime/n conveniente/s, transcurridos estos plazos, el Tribunal someterá a prueba los distintos documentos aportados a continuación, se procederá al señalamiento —por el LAJ— de un día para la celebración de una vista.

En el día siguiente al de la vista, (el art. 674 LECrim), el Tribunal dictará auto resolviendo sobre las cuestiones propuestas.

La resolución diferirá sobre el artículo de previo pronunciamiento concretamente excepcionado: así, si uno de ellos fuere la de **declinatoria de jurisdicción**, el Tribunal, lo resolverá con antelación a los demás. En caso de estimar procedente dicha falta de Jurisdicción, mandará remitir los autos al Tribunal o Juez que considere competente, y se abstendrá de resolver sobre todo lo demás. En caso contrario, declarará no haber lugar a ella, confirmando su competencia para conocer del delito.

El artículo de previo pronunciamiento concretamente denunciado fuere la de **cosa juzgada, la prescripción del delito, la amnistía o el indulto** todas estas excepciones son insubsanables, se sobreseerá libre y, por tanto, definitivamente el proceso, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa.

Contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones de la de cosa juzgada, la prescripción del delito, la amnistía o el indulto, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime**, no** se da recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia.

El artículo de previo pronunciamiento concretamente excepcionado fuere la falta de autorización para procesar, mandará subsanar inmediatamente este defecto, quedando entre tanto en suspenso la causa, que se continuará según su estado, una vez concedida la autorización. Contra el auto en que se desestime esta concreta excepción no se dará recurso alguno.

### 2. LAS CUESTIONES PREVIAS.

Las cuestiones previas son las excepciones procesales que se plantean verbalmente al mismo comienzo del juicio oral en el procedimiento penal abreviado

El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas: si la decisión es estimatoria, y estas son insubsanables, se entiende que el juicio da paso *ipso facto*, a la conclusión del proceso mediante sentencia absolutoria; si la decisión es, desestimatoria, el procedimiento penal seguirá su curso. Frente a la decisión adoptada, en todo caso, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en el recurso frente a la sentencia.

## III. SUSPENSIÓN DEL JUICIO

El principio de concentración impone que todas las actuaciones desarrolladas en el juicio oral se produzcan en unidad de acto o, de no ser posible dicha unidad, al menos con gran proximidad cronológica. De ahí que la LECrim imponga, en su art. 744, respecto del proceso ordinario, que «abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión»; y en su art. 788.1. I, respecto del abreviado, que «la práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias».

La primera suspensión posible, se produce con antelación a su mismo comienzo, así, el art. 745 LECrim, prevé que «el presidente del Tribunal podrá suspender la apertura de las sesiones cuando las partes, por motivos independientes de su voluntad, no tuvieren preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos».

La segunda posible suspensión, es la acontecida en pleno juicio oral. A ella se refiere el art. 746 LECrim, cuando establece que procederá además la suspensión del juicio oral en los casos siguientes:

1º Cuando el Tribunal tuviere que resolver durante los debates alguna cuestión incidental que por cualquier causa fundada no pueda decidirse en el acto.

2º Cuando el Tribunal o alguno de sus individuos tuviere que practicar alguna diligencia fuera del lugar de las sesiones y no pudiere verificarse en el tiempo intermedio entre una y otra sesión.

3º Cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria su declaración.

Podrá, sin embargo, el Tribunal acordar en este caso la continuación del juicio y la práctica de las demás pruebas; y después que se hayan hecho, suspenderlo hasta que comparezcan los testigos ausentes.

4º Cuando algún individuo del Tribunal o el defensor de cualquiera de las partes enfermare repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio ni pueda ser reemplazado el último sin grave inconveniente para la defensa del interesado.

Lo dispuesto respecto a los defensores de las partes se entiende aplicable al Fiscal.

5º Cuando alguno de los procesados enfermare repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio.

La suspensión no se acordará por esta causa sino después de haber oído a los facultativos nombrados de oficio para el reconocimiento del enfermo. No se suspenderá, en todo caso, el juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimare, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del juicio las razones de la decisión, que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia.

6º Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria.

La incomparecencia de la persona física investigada, que puede provocar la suspensión, con la salvedad establecida en el art. 786.1 LECrim, para el supuesto que aquella ausencia se produzca en el marco de un proceso dónde se dilucide la condena por un delito cuya pena privativa de libertad sea inferior a dos años; la incomparecencia de la persona jurídica no conlleva tan lesivo resultado, pues el juicio podrá mantenerse, en todo caso, tal y como prescribe el art. 786 bis II de la LECrim, con el Abogado y Procurador de la entidad acusada.

El Juez o Tribunal podrá acordar la suspensión o aplazamiento de la sesión hasta el límite máximo de treinta días conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal en el concreto caso de su enfermedad.

## IV. CELEBRACIÓN DEL JUICIO.

Los principios que presiden la celebración de la vista, son la oralidad, la inmediación, la contradicción, la concentración y la publicidad. En consecuencia, esta vista oral, constituye la fase final del proceso penal.

### 1. ACTOS DE INICIACIÓN

En el día señalado para dar principio a las sesiones, el LAJ velará por que se encuentren en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieren recogido, y el Presidente, en el momento oportuno, declarará abierta la sesión, el Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal, pudiendo corregir en el acto con multa las infracciones que no constituyan delito, el Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerare oportuno, sin perjuicio de la referida multa. Todos los concurrentes al juicio oral, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del presidente.

La primera actuación de esta vista será la pregunta sobre la posible asunción de los hechos, por parte del acusado y consiguiente propuesta de conformidad.

Inmediatamente después, y siempre que el juicio deba continuar por falta de conformidad, se dará lectura a los escritos de calificación y a las listas de peritos y testigos que se hubiesen presentado oportunamente, haciendo relación de las pruebas propuestas y admitidas. Acto seguido, se pasará a la práctica de la prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el MF, continuando con la propuesta por los demás actores, y por último con la de los procesados.

### 2. ACTOS DE PRUEBA.

El resultado que arroje la prueba será determinante, para la respuesta judicial de la condena o, de la absolución.

#### A) Concepto, fundamento y fines

Los actos de prueba son los realizados por las partes, sea de propia iniciativa, sea por indicación del Juez, para demostrar, ante el Juez, la única realidad de los hechos.

La prueba adquiere, en el proceso penal una relevancia extraordinaria pues la contradicción de sus partes no suele ser exclusivamente jurídica, sino también fáctica.

El proceso penal, prácticamente nunca presenta una contradicción exclusivamente jurídica incluso en supuestos en que el investigado o acusado admita los hechos, existe una auténtica obligación judicial de verificar la realidad de tales hechos antes de proceder a dictar sentencia. Podemos que el proceso penal discurre, para lograr la averiguación de los hechos frente a su enconada contradicción de parte. Demostrar, ante dos o más versiones opuestas sobre unos mismos hechos, cuál de ellas sea la que más se aproxima a la única realidad existente.

La prueba no puede aspirar a alcanzar una verdad metafísica, pura o transcendental. la meta del Juez no será, desde luego, lograr aquella verdad metafísica sino la realidad de unos hechos externos, acontecidos en el pasado y con relevancia penal.

## 3. OBJETO, CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba se contrae a los concretos y exclusivos hechos positivos en que se sustentan las respectivas pretensiones de las partes. Así, cada parte habrá de probar todos los hechos que afirma, pues la mera negación fáctica no resulta fácilmente demostrable. El derecho a la presunción de inocencia cobra, una relevancia esencial porque: la inocencia no se prueba (la inocencia se presume); sólo se prueba la culpabilidad.

Las distintas partes acusadoras habrán de probar los hechos constitutivos de sus respectivas pretensiones, que serán los integrados en los escritos de calificación del proceso ordinario y de acusación en el abreviado.

El derecho a la presunción de inocencia impone, siempre y en todo caso, de la previa existencia de una «mínima actividad probatoria» que permita acreditar, sin ningún género de dudas, la culpabilidad del delincuente: en ausencia de esta proactiva y exitosa actividad probatoria, la inocencia se impone.

Esta máxima —*in dubio pro reo* (el Juez ha de fallar en favor del acusado)— se erige en un auténtico principio del proceso penal, que viene a complementar la presunción de inocencia.

La carga de la prueba, también puede ser impulsada de oficio, cuando el Tribunal estime, a la vista de las pruebas presentadas por las partes, que la práctica de algún mecanismo contribuiría, con mucho, a clarificar la realidad de lo acontecido. LECrim, en su art. 729.

## 4. MEDIOS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Los medios de prueba son los mecanismos, instrumentos o fórmulas, legalmente establecidos, para trasladar, de forma lícita, una valiosa información al Juzgador: la única realidad de lo acontecido. Estos medios de prueba, son los siguientes: declaración del acusado, declaración, informe pericial, documentos, medios de reproducción de la imagen y el sonido e inspección ocular.

Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados por el orden con que figuren sus nombres en las listas. El presidente podrá alterar este orden a instancia de parte y de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad (art. 701 LECrim).

### a) Declaración del acusado

La declaración del acusado difiere de este mismo sujeto cuando era un mero investigado en la fase de instrucción, pues el ahora acusado podrá manifestar, si lo desea, su conformidad absoluta con la pena con la que más gravemente se hubiere calificado su conducta, si hubiere más de una, y ello provocará una sentencia inmediata (art. 655 LECrim).

En caso de que este acusado negase los hechos constitutivos del delito, entonces el proceso se desarrollará descartando cualquier posibilidad de conformidad. Y comienza el interrogatorio al acusado, que habrá de versar, en todo caso, sobre los concretos hechos constitutivos de las respectivas pretensiones acusadora y defensiva sin que puedan adicionarse, sorpresivamente, hechos nuevos, pues ello sumiría al acusado en una indefensión.

La LECrim, no regula esta declaración, pero ha de discurrir en un clima de absoluto respeto al acusado.

Los acusados se rigen por un régimen especial, distinto al de los testigos: de ahí que estos acusados no se vean en la «obligación de decir la verdad» impuesta, invariablemente, a los testigos.

### b) Prueba testifical

La prueba testifical consiste en una declaración o narración, ante el Juez del enjuiciamiento, de los hechos penales, por parte de quién, precisamente, los percibió, directa o indirectamente, por sus sentidos.

Los testigos, podrán ser directos o indirectos.

La declaración del testigo indirecto tan sólo cobrará protagonismo, ante la inexistencia de otra de un testigo directo. El art. 710 LECrim se conforma con advertir, en este punto, que *«los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado».*

La legislación no impone grandes capacidades a los testigos: basta que hayan presenciado el hecho y tengan suficiente juicio para que puedan hacerlo; ello incluye, como es lógico a los menores de edad, si bien tan sólo prestarán juramento a partir de los catorce años.

La LECrim es escrupulosa en el tratamiento que deba otorgarse, a los distintos testigos, durante el procedimiento probatorio, resulta conveniente que no se comuniquen, antes de entrar a declarar a la Sala; ni mucho menos que unos puedan escuchar las versiones de los otros, art. 704 de la LECrim

El presidente preguntará, en primer lugar, al testigo acerca de su identificación; después la parte que haya presentado este testigo podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones.

La declaración de la víctima, no es acreedora de una regulación propia, sino que se rige por lo dispuesto, con carácter general, para la declaración de los testigos. Ahora bien, el art. 709 II LECrim establece, a este respecto, una afortunada salvedad y es que *«el Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas. Contra la resolución que sobre este extremo adopte podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se hiciere en el acto la correspondiente protesta»*.

El art. 714 de la LECrim autoriza el contraste judicial entre la declaración testifical prestada en el sumario —a modo de prueba personal anticipada— y la prestada en el plenario por este mismo testigo cuando pudiera reproducirse, siempre que entre una y otra existan contradicciones, al advertir que *«cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe».*

### c) Prueba pericial

La prueba pericial es la prestada, en el juicio oral, ante el Juez del enjuiciamiento, como complemento del estudio encomendado a un especialista o experto, por razón de sus cualificados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos sobre algún extremo íntimamente relacionado con los hechos delictivos y sujetos pasivos del proceso penal.

El art. 788.2. II LECrim, cuando establece lo siguiente: *«En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas».*

El informe pericial siempre será dual en el proceso ordinario, esto es, prestado por un mínimo de dos peritos en el juicio oral; mientras que el abreviado podrá ser unívoco, prestado por un solo perito. Los peritos habrán de desempeñar su función con plena imparcialidad, pudiendo ser recusados por las partes cuando sospechen que, en su persona, pueda concurrir alguna de las tres cualidades expresamente previstas en el art. 468 LECrim: primera, parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo; segunda, interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante; y tercera, amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de ellos.

La declaración pericial habrá de ser prestada en unidad de acto y con presencia entre los peritos.

La LECrim autoriza, y lo hace para todas las declaraciones personales —investigado/s, perito/s y testigo/s—, que la celebración de estas pruebas pueda efectuarse por medio de videoconferencia.

### d) Prueba documental

La prueba documental es la contenida, en documentos; pudiendo estos documentos ser tanto físicos, como electrónicos; tanto escritos como gráficos, tanto visuales como auditivos (provenientes de grabaciones de la imagen y el sonido por cualquier medio tecnológico

Puede distinguirse, la documental pública de la documental privada; si bien, la primera de estas pruebas carece, en el proceso penal, del cualificado valor probatorio que ostenta en el proceso civil, dónde causa "prueba plena", constituyendo la única excepción admisible al principio de libre valoración de la prueba.

El Juzgador valorar conforme a «su buen saber y entender», a las «máximas de experiencia» y a las «reglas de la sana crítica» todas ellas; y dentro de la modalidad documental, tanto la pública como la privada.

### e) La inspección ocular

La inspección ocular consistente en la percepción directa, practicada por el propio Juez, en un lugar u objeto esencial, que debe ser inspeccionado sin barreras ni intermediarios.

## 5. PRUEBA POR INDICIOS

Se denomina «prueba indiciaria», «prueba indirecta», «prueba por indicios» o «prueba por presunciones» a la inferida, motivada y razonablemente, de otra directa, cuando esta última no puede, practicarse, en un proceso concreto, por las razones que sean. Esta prueba permite, al Juzgador, a

partir de un hecho probado de forma incuestionable, inferir la certeza de otro con el que guarda una inescindible relación,

### A) Prueba ilícita y la prueba prohibida.

El tratamiento de la prueba, en todas sus fases y por parte de todos los protagonistas, ha de ser escrupulosamente respetuoso con las exigencias legalmente establecidas, puesto que, si se incumpliesen los mandatos de las leyes procesales ordinarias, nos encontraríamos ante una prueba ilícita; y si se inobservasen, los contenidos en la CE, referidos a derechos o libertades fundamentales, entonces estaríamos ante una prueba prohibida.

La gran diferencia entre la prueba ilícita —que puede subsanarse sin ocasionar tan radical sanción— y la prueba prohibida, que ocasionará, la nulidad, no sólo de la prueba obtenida con violencia de los derechos y libertades fundamentales, sino también de todas las que le siguen en los inescindibles eslabones de la cadena probatoria

## 3. CALIFICACIONES DEFINITIVAS

Terminada el período probatorio, y dentro de la misma vista, el Tribunal hará, de nuevo, partícipes de la vista a todas las partes personadas, por el orden habitual —MF, acusación/es y defensa/s— para que procedan, a la vista del resultado probatorio, a mantener —y ratificar— las calificaciones provisionales; o alterarlas con las modificaciones que estimen oportunas.

El mantenimiento o alteración de estas calificaciones tiene una relevancia crucial para el resultado del proceso, por cuánto la versión final de dichas calificaciones, es la que determinará el objeto del proceso penal y; de forma coherente con dicha última fijación objetiva, todos y cada uno de los límites.

Dependerán de los tres extremos siguientes:

1. primero, los hechos empíricos o históricos con relevancia punitiva susceptibles de condena,
2. segundo, la calificación penal de todos y cada uno de esos hechos;
3. y tercero, la concreta petición de condena.

Al término de la prueba, las partes afronten, de forma sobrevenida, la posible modificación de las calificaciones, inicialmente propuestas, puede agravar la petición de condena. La LECrim, su art. 788: *«cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal, se declarará este incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y el Letrado de la Administración de Justicia remitirá las actuaciones a la Audiencia competente. Fuera del supuesto anterior, el Juez de lo Penal resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio, pero en ningún caso podrá imponer una pena superior a la correspondiente a su competencia».*

Las conclusiones definitivas, se plantearán por escrito y entregarán al Presidente del Tribunal. La formulación de estas conclusiones podrá ser, por así autorizarlo de forma expresa la LECrim, en su art. 732, de forma única o alternativa: el acusador podrá, pues, elegir la estrategia que mejor se adecúe al concreto proceso, bien la petición de una única condena; bien la petición solapada o subsidiaria de peticiones, para que el Juez elija por el orden establecido en la subsidiaria.

### 4. PLANTEAMIENTO DE LA TESIS

Presentadas las calificaciones definitivas y con antelación, en todo caso, a los informes finales, el Tribunal podrá hacer uso de su facultad de sugerencia de la denominada «Tesis», consistente en proponer, a las distintas partes acusadoras, un cambio en las calificaciones, cuando estime que los hechos no se encuentran correctamente calificados.

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia del juicio.

### 5. ACTOS DE CONCLUSIÓN.

Presentadas las calificaciones definitivas y, planteada la Tesis, entonces procederá que los distintos protagonistas del proceso penal presenten sus informes finales y hagan uso del derecho a la palabra por última vez, antes de que el caso quede «visto para sentencia». El orden legalmente establecido, y por cuyo respeto velará el Juzgador, es el mismo de siempre: primero, el Fiscal; después, la acusación penal; a continuación, la acusación civil; acto seguido, la defensa penal; y, por último, la defensa civil.

Terminadas las intervenciones de la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal. Al que conteste afirmativamente le será concedida, en todo caso, la palabra. El Presidente cuidará de que los procesados, al usarla, no ofendan la moral ni falten al respeto debido al Tribunal ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario

El derecho fundamental del acusado a la última palabra, que habrá de observarse, con toda amplitud y ceremoniosidad, pues su infracción abre las puertas del mismo amparo ante el TC.

## V. REGISTRO Y DOCUMENTACIÓN DEL JUICIO.

El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El LAJ deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

Cuando el Juzgado o Tribunal carezca de medios tecnológicos el LAJ habrá de consignar en un acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

La celebración del acto no requerirá la preceptiva presencia en la sala del LAJ, salvo que, lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el propio LAJ, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan

incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual aquél mismo LAJ extenderá acta.

El acta prevista en los supuestos en que no se pudieren utilizar los medios tecnológicos, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el LAJ leerá el acta, haciendo en ella, de estimarlas procedentes, las rectificaciones que las partes reclamen. El acta física se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes.

# Lección 25 SENTENCIA Y COSA JUZGADA

## I. SENTENCIA.

La conclusión de la fase de enjuiciamiento conduce al Juez o Tribunal del proceso penal, inexorablemente, a dictar sentencia, sin que quepa otra solución al proceso, fundamentalmente por dos motivos: Primero, está prohibido el denominado *non liquet*, lo que se traduce en que el Juez o Tribunal no tiene permitido omitir el enjuiciamiento, tras el procedimiento, sino que habrá de conocer del fondo del asunto y, en segundo lugar, en esta Jurisdicción, el Juez ha de dictar una sentencia de fondo una vez haya concluido el juicio oral.

### 1. CONCEPTO, CARACTERES Y CLASIFICACIÓN

La sentencia penal es la respuesta final del Estado, emitida a través de sus Jueces y Magistrados, a los conflictos sociales.

La sentencia goza de tres caracteres esenciales: primero, es una resolución jurisdiccional; segundo, es una resolución material o de fondo; y tercero, es una resolución estable o con fuerza de cosa juzgada.

La sentencia es una resolución jurisdiccional, por cuánto tan sólo los Jueces y Magistrados tienen constitucionalmente encomendada, en régimen de exclusividad, la labor del enjuiciamiento en procesos de todo tipo, siendo aquella la resolución final de estos. Además, la sentencia penal es una resolución siempre material, por cuánto su contenido estará destinado, en exclusiva, a la condena del delincuente o a la absolución del inocente, pudiendo adicionarse otra condena civil de resarcimiento de daños y perjuicios. Finalmente, la sentencia es una resolución inmodificable o con fuerza de cosa juzgada.

Las sentencias penales podrán clasificarse con arreglo a tres criterios:

Primero, conforme al sentido estimatorio o desestimatorio de la pretensión acusadora, cabe distinguir entre las sentencias penales estimatorias o favorables (condenatorias) y desestimatorias o desfavorables (absolutorias).

De acuerdo con el segundo criterio de clasificación referido, las sentencias penales pueden distinguirse, según el grado de jurisdicción, en las sentencias de primera instancia, de segunda instancia, las procedentes de los recursos extraordinarios y, naturalmente, las dictadas tras la revisión de las sentencias firmes.

Finalmente, hemos de diferenciar las sentencias definitivas o provisionales de las firmes. Se trata, en verdad, de una sucesión cronológica de estados, momentos o fases procesales: la sentencia definitiva es la que concluye o pone término a cada instancia; esta sentencia definitiva constituye, además, el forzado antecedente cronológico de la firme, que es aquella contra la que ya no cabe recurso alguno porque goza de la denominada «fuerza de cosa juzgada».

Las sentencias definitivas ponen término al proceso en cada una de sus instancias, si bien todavía son susceptibles de ser impugnadas por encontrase dentro del plazo habilitado para el recurso legalmente previsto o bien porque se encuentran pendientes de resolución por haber sido, efectivamente, recurridas. Las sentencias firmes son aquellas otras que han ganado firmeza, y, por tanto, pasan en autoridad de cosa juzgada, como consecuencia bien de su naturaleza irrecurrible o

bien del decaimiento en su derecho al recurso de quién, habiendo sufrido un perjuicio por la sentencia precedente, dejó transcurrir el plazo para el recurso

Las sentencias favorables o estimatorias son siempre mixtas: primero, declarativas, pues declaran la efectiva comisión del hecho delictivo, con efectos *ex tunc*, esto es, retroactivos al tiempo en que se cometió, con independencia, claro está, del otro tiempo en que su autor deba comenzar a cumplir condena; y a renglón seguido, de condena, pues fijan un castigo que el condenado habrá de cumplir en sus justos términos. Las sentencias desestimatorias o desfavorables son siempre declarativas, pues pretenden devolver al sujeto pasivo del proceso penal la libertad amenazada durante todo el proceso, así como el honor.

Finalmente, en el proceso penal pierde relevancia la distinción entre las sentencias contradictorias y las dictadas en rebeldía, por cuanto la ausencia del acusado impone la suspensión del juicio con la única excepción de aquellos que se siguiesen por delitos cuantificados con una pena privativa de libertad inferior a dos años, que sería el único caso de sentencia dictada en rebeldía.

## 2. REQUISITOS FORMALES.

Las sentencias penales habrán de cumplir una serie de requisitos, guardar una estructura coherente que permita trasladar al justiciable de forma comprensible la respuesta judicial y, de otra parte, plasmar la sentencia por escrito.

### A) Estructura

1. Primera parte de la sentencia penal: Encabezamiento

   Conforme el art. 142.1 LECrim, las sentencias penales «principiarán expresando el lugar y la fecha en que se dictaren, los hechos que hubieren dado lugar a la formación de la causa, los nombres y apellidos de los actores particulares, si los hubiere, y de los procesados, los sobrenombres o apodos con que sean conocidos, su edad, estado, naturaleza, domicilio, oficio o profesión, y, en su defecto, todas las demás circunstancias con que hubieren figurado en la causa, y además el nombre y apellido del Magistrado ponente».

2. Segunda parte de la sentencia penal: Antecedentes de hecho y hechos probados.

   Las sentencias penales habrán de consignar de acuerdo con el art. 142.2 LECrim, «en resultandos numerados, los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados».

   Aunque tan sólo sea posible articular un recurso, frente al fallo o parte dispositiva de la sentencia —nunca contra esta parte de «antecedentes de hecho y hechos probados— lo cierto es que la principal desavenencia de la parte agraviada por la sentencia se referirá, por lo general, a una injustificada creencia en la certeza de un hecho que, bajo el punto de vista de la persona desfavorecida por la sentencia, no ha sido suficientemente probado. En este apartado de la sentencia el Juez ha de escindir, de forma indisoluble, de entre la totalidad de hechos narrados por los distintos protagonistas del proceso, aquellos que, tras la oportuna práctica de la prueba, pueda estimar que son, inequívocamente, ciertos, veraces, reales. Y sobre esta base fundará su aplicación del Derecho.

3. Tercera parte de la sentencia penal: Fundamentos de Derecho.

A continuación, habrán de consignarse los Fundamentos de Derecho. La LECrim, en su art. 142, en su apartado cuarto, establece, con todo detalle, que se consignarán, también en párrafos numerados, que empezarán con la palabra Considerando, los siguientes parámetros legales:

1) Primero. Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados.

2) Segundo. Los fundamentos doctrinales y legales determinantes de la participación que en los referidos hechos hubiese tenido cada uno de los procesados.

3) Tercero. Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad criminal, en caso de haber concurrido.

4) Cuarto. Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados con relación a la responsabilidad civil en que hubiesen incurrido los procesados o las personas sujetas a ella a quienes se hubiere oído en la causa, y los correspondientes a las resoluciones que hubieren de dictarse sobre costas, y, en su caso, a la declaración de querella calumniosa.

5) Quinto. La cita de las disposiciones legales que se consideren aplicables.

   En este mismo apartado no sólo habrá de integrarse el Derecho concretamente seleccionado por el Juez en virtud de principios tales como el *iura novit curia* o el *da mihi factum et dabo tibi ius*; sino también el sugerido por las partes en sus respectivas conclusiones definitivas; así como la Tesis, si la hubiere, propuesto el Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el art. 733.

   El Juez tan sólo podrá calificar conforme la aplicación de unas normas penales nuevas y más severas que las inicialmente sugeridas por las partes cuando estas mismas partes se lo soliciten, bien de forma espontánea, bien de forma inducida o sugerida —a través del planteamiento de la Tesis— pero siempre que, en todo caso estas partes, ahora acusadoras, hayan asumido esta nueva acusación más gravosa —en una nueva calificación jurídica de los mismos hechos—, pues, en otro caso, por muy razonable que le parezca al Juez el cambio de calificación, no podrá afrontarlo en solitario.

4. Cuarta parte de la sentencia penal: Motivación.

   La motivación constituye el itinerario mental cronológico y lógico del Juez que le permite llegar a la conclusión de la condena o la absolución. Esta motivación judicial habrá de centrarse, prioritariamente, en explicar cuáles, de todos los hechos con relevancia penal introducidos al proceso, pueden considerarse probados, por qué mecanismo probatorio y con qué grado de acierto, puesto que la motivación se referirá, en esencia, a la cabal demostración de los hechos y no a la aplicación del Derecho. Serán estos hechos en los que se base el fallo condenatorio o absolutorio.

5. Quinta parte de la sentencia penal: Fallo o parte dispositiva.

   En el fallo o parte dispositiva de la sentencia penal se condenará o absolverá no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por los incidentes de que se hubiere conocido en la causa, reputándose tales los que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo. También se resolverán en esa parte dispositiva de la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio, y se declarará calumniosa la querella cuando procediere.

6. Sexta parte de la sentencia penal: Información sobre la impugnabilidad de la sentencia y pronunciamiento en costas.

- Finalmente, la sentencia penal habrá de informar, a las partes, respecto a la posibilidad de rebatir su contenido cuando les resulte desfavorable a través del recurso que proceda y ante el órgano competente para conocer de ese concreto recurso y, por otra parte, la condena en costas.
- Según el artículo 239 LECrim «En los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales» y el 248.4 de la LOPJ impone la obligación de ilustrar, al justiciable, también en la propia sentencia, de sus concretas posibilidades de impugnación futura: «Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello».

### B) Escritura.

La sentencia está regida por el principio de la escritura. Y es que muy a pesar de que, tanto la CE —en su art. 120.2—, como la LOPJ —en su art. 229— establezcan, al unísono, que nuestros procesos serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación; lo cierto es que imperiosas razones de seguridad jurídica, fijeza y permanencia imponen que las sentencias habrán de ser escritas. A estas razones de seguridad jurídica ha de añadirse elementales razones de la obligación de motivar las sentencias, pues parece el medio escrito el único posible para cumplir con la necesidad de exponer los motivos razonados que han dado lugar al fallo condenatorio o absolutorio.

La obligación judicial de redactar —por escrito— las sentencias se dan por sentada en la LECrim, cuando señala, en su art. 142 este mismo verbo: «Las sentencias se redactarán».

En el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos, el Juez podrá dictar —para imprimir celeridad a la respuesta y con ello, levantar, cuanto antes, de ser absolutoria, las medidas cautelares adoptadas— las sentencias de viva voz, pero con el condicionante de trasladarlas después a un escrito.

Así, el Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio —tanto del procedimiento abreviado, como del enjuiciamiento rápido de determinados delitos—, documentándose en el acta con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia (art. 789.2 y 802.3 LECrim).

En estos casos no se trata de una excepción del principio de escritura sino un aplazamiento de la redacción de la sentencia.

## 3. REQUISITOS MATERIALES.

Las sentencias, como se ha dicho, son exclusivamente judiciales y en ellas se contendrá, de un lado, una voluntad estatal de otorgar o denegar la concreta tutela solicitada y restaurar el orden social alterado y, de otro, una exposición detallada de los motivos, argumentos y razones que sustentan dicha decisión. Pero la sentencia penal no cumple su objetivo con la sencilla emisión de aquella voluntad del Estado favorable o adversa a la condena, sino que habrá de cumplir, además, con un buen número de requisitos materiales:

### A) Motivación

La motivación de las sentencias es un mandato constitucional: Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública (art. 120.3 CE). La motivación de las sentencias conlleva la exposición, a cargo del Juez, de las razones que le llevaron, en un itinerario intelectual lógico, a adoptar la solución alcanzada en la sentencia. Este itinerario procesal debe el Juez transitarlo con exploración y experimentación propia —inmediación— ante todos los protagonistas implicados y hasta en presencia, de no existir justificados obstáculos para ello, de toda la sociedad —publicidad—, así como de forma concentrada, en unidad de acto, de ser posible o con mínimos aplazamientos temporales —concentración—. De todas y cada uno de los pasos que deba afrontar el Juez habrán de tener puntual conocimiento todas las partes, de forma especialmente intensa la acusada, con la finalidad de que pueda rebatir, en un ambiente de permanente contradicción, cuánto le resulte desfavorable con todos los argumentos y pruebas exculpatorias de que dispusiere.

Esta imposición constitucional del deber de motivación de las sentencias se encuentra íntimamente conectado con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que se traduce en la imposibilidad de dictar una sentencia de condena sin una mínima actividad probatoria de cargo suficientemente demostrativa de la culpabilidad, que se ve reforzado, además, con el principio in dubio pro reo, sintomático de la imperiosa conveniencia de la absolución cuando, a pesar de aquella mínima actividad probatoria, no resulte perfectamente claro a los ojos del Juzgador —ante las «dudas razonables»—, que pueda desvirtuar aquella presunción de inocencia.

La persistencia de estos principios en la mente del Juzgador —que nunca podrá abstraerse, en su labor enjuiciadora, de ellos— le impone la paralela obligación de expresar, en la sentencia, los superiores motivos o las poderosas razones por las que, en el caso concreto, puede superar estos constantes límites supuestos por el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo.

Estos límites legales —presunción de inocencia e *in dubio pro reo*— habrán de guiar el razonamiento o motivación de la sentencia, que se erigirá en garantía del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La motivación habrá de centrarse tanto en el razonamiento de las pruebas demostrativas de la condena, como en el de las argumentaciones defensivas; y ello porque, finalmente, las razones, los motivos o, en definitiva, los argumentos aducidos por el Juzgador, en su sentencia, no sólo servirán para que todas las partes comprendan, perfectamente, la racionalidad del sentido de la sentencia , sino también para que puedan decidir, quién/es se vean agraviado/s por su contenido, si la impugnan o no, así como en base a qué concretos argumentos; e incluso, para que el propio órgano al que se adjudique, finalmente, el recurso que se entable frente a esa sentencia, pueda conocer también la lógica que hubiere guiado, en su día, la actividad intelectual del enjuiciamiento efectuada por su predecesor.

### B) Exhaustividad

La exhaustividad de la sentencia comporta que el Juez deba pronunciarse en la sentencia sobre todos y cada una de las pretensiones interpuestas en la fase inicial del proceso penal y debatidas en el juicio. La LECrim en su art. 742 I y II señala: «En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo a los procesados (…). También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del

juicio». La exhaustividad ha de interpretarse conforme a una respuesta siempre positiva, favorable o adversa, esto es, que no deba deducirse o inferirse de una omisión o de un silenciamiento judicial. En el proceso penal, como se sabe, está prohibido el *non liquet* —ha de darse respuesta, en todo caso, a las pretensiones, bajo el relevante apoyo judicial de la presunción de inocencia y la in *dubio pro reo*: ante la insuficiencia o falta de clarividencia de las pruebas, se impone la absolución.

### C) Congruencia.

La congruencia de la sentencia se refiere a la relación de conexión o vinculación que debe existir entre la acusación y el enjuiciamiento; vinculación relacionada con el principio acusatorio, en su triple manifestación siguiente: primero, las funciones de acusación y enjuiciamiento deben corresponder a distintas personas; segundo, las funciones de investigación y enjuiciamiento deben atribuirse a diferentes órganos públicos del Estado; y tercero, la congruencia proprie dicta u obligación, del Juez, de sostener su enjuiciamiento sobre los hechos —y las calificaciones jurídicas— introducidos por las partes, sin posibilidad de condenar por delitos distintos —y más graves— que los aducidos por estas —salvo que los bienes jurídicos protegidos por estos delitos guarden una estrecha relación de homogeneidad. El Juez del enjuiciamiento habrá de ser congruente con todo el material —tanto objetivo como subjetivo— introducido al mismo por los distintos actores procesales, entre los que se incluye el Juez de instrucción, pero no estará autorizado para incorporar, él mismo, y al margen de todos los protagonistas principales del proceso penal nuevos hechos o distintos sujetos.

La tercera de las proyecciones del principio acusatorio es la que centra toda su atención en la congruencia strictu sensu y se refiere a la imperiosa vinculación entre la acusación y la condena. Esta manifestación del principio acusatorio se expresa, por la LECrim. (art. 789.3), en los siguientes términos: «la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3», que se refiere al planteamiento de la Tesis. Esta obligatoria vinculación del Juez a la hora de ofrecer una calificación jurídica a los hechos delictivos, implica que por mucho que el Juez conozca el Derecho —iura novit curia— y por mucho que esté autorizado a aplicarlo —da mihi factum et dabo tibi ius— no podrá modificar —al alza— una calificación jurídica, sin el debido sostenimiento por la/s parte/s acusadora/s, pues ello conllevaría atribuirse, además de su función enjuiciadora, otra función —la acusadora— que le está vedada: y resulta claro que nadie puede ser condenado por algo respecto de lo que, previamente, no ha sido acusado, pues ello lo sumiría en la más lacerante indefensión.

El Juez o Tribunal que pretenda modificar una calificación jurídica de los hechos penales, que comporte un agravamiento de la potencial condena, habrá de sugerir, a la/s parte/s acusadora/s, por la vía del planteamiento de la Tesis, una propuesta de modificación de la calificación jurídica de estos hechos. Si las partes aceptan esta propuesta y modifican la calificación jurídica de los hechos en el sentido previamente indicado por el Juez o Tribunal, entonces podrá proceder a efectuar la condena por ese nuevo título jurídico. En caso contrario, el Juez o Tribunal no podrá dictar una sentencia de condena amparada en una calificación distinta a la sostenida por las partes. Esta premisa tiene una sola excepción: la homogeneidad del bien jurídico protegido. Si el bien jurídico protegido por la calificación jurídica sostenida por la/s parte/s acusadora/s es el mismo que el bien jurídico protegido por la calificación elegida por el Juez, no se habría producido la perniciosa ruptura de la obligatoria correlación entre la acusación y la condena: la congruencia.

Estas premisas han de aplicarse, también, al grado de perfección y de participación de este delito, así como a las posibles causas de agravación de la condena, de suerte que el Juez tampoco podrá condenar con base en un distinto —y mayor— grado de perfección y/o participación, así como en circunstancias agravantes que no hubieren sido sostenidas por las partes.

-Información adicional: posibilidad de impugnación y pronunciamiento de las costas.

La primera de estas exigencias viene contemplada, con carácter general, en el art. 248.4 de la LOPJ: «Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello».

La segunda de estas exigencias impone que toda sentencia penal debe incluir, necesariamente, una referencia al pronunciamiento en costas. Las costas del proceso penal se refieren, básicamente, según el art. 241 LECrim, al pago de los siguientes extremos: primero, los derechos de Arancel; segundo, los honorarios devengados por los Abogados y peritos; y tercero, las indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono; así como, cuarto, los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa.

Las reglas o criterios de imposición en costas del proceso penal difieren, considerablemente, de las que hemos estudiado para el proceso civil. En síntesis, el pronunciamiento en costas del proceso penal se regirá por las reglas establecidas en el art. 240 LECrim que consistirán en la declaración, de oficio, de dichas costas con condena, a su pago, en primer lugar, a los procesados, señalando la parte proporcional de que cada uno de ellos deba responder, si fuesen varios; así como, en segundo, al querellante particular o actor civil. No se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos, aunque éstos serán condenados al pago de las costas cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.

## II. COSA JUZGADA.

La fuerza de cosa juzgada ha de identificarse con los efectos dimanantes de las sentencias definitivas y firmes, ad intra o en el marco interno del propio proceso en el que se han dictado —cosa juzgada formal: inimpugnabilidad—; y ad extra o en el ámbito externo de otros sucesivos y eventuales procesos —cosa juzgada material con una doble proyección positiva: ejecutoriedad y prejudicialidad; y otra negativa: ne bis in idem—.

### 1. COSA JUZGADA FORMAL

La «cosa juzgada formal» es, sencillamente, la firmeza, irrecurribilidad o inimpugnabilidad de las sentencias judiciales firmes, esto es, de aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la Ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. La cosa juzgada formal o inimpugnabilidad constituye el presupuesto lógico de la material, por cuánto tan sólo las sentencias que han ganado firmeza y, por tanto, no son impugnables, pasan en «autoridad de cosa juzgada material»; de prejudicialidad, por cuánto, tan sólo la decisión última y no, desde luego, la temporal, susceptible de una posible variación, vinculará al Juez del ulterior proceso; y de ne bis in idem o imposibilidad de enjuiciar dos veces un objeto idéntico entre los mismos litigantes.

## 2. COSA JUZGADA MATERIAL.

La «cosa juzgada material» es la expresión que alude a la multiplicidad de efectos, positivos y negativos, de las sentencias firmes, ad extra o en el ámbito de los ulteriores procesos judiciales. Así, la «cosa juzgada material» tiene un doble efecto positivo: prejudicialidad y ejecutoriedad; y un efecto negativo: ne bis in idem.

La cosa juzgada se encuentra huérfana de regulación en nuestra LECrim, que tan sólo se refiere a ella cuando alude a los artículos de previo pronunciamiento del proceso ordinario —cuestiones previas del abreviado—, por lo que ha de aplicarse, de forma supletoria, toda la regulación que ofrece la LEC.

Las resoluciones judiciales penales susceptibles de generar los efectos de la cosa juzgada material son dos: primero, las sentencias firmes —todas ellas sentencias de fondo—; segundo, los autos de sobreseimiento libre.

Las sentencias penales firmes producen los efectos de la cosa juzgada, con independencia de que sean condenatorias o absolutorias, de suerte que una vez dictadas, ningún acusado habrá de volver a soportar la apertura de un segundo proceso penal por los mismos hechos que ya fueron enjuiciados.

Los autos de sobreseimiento libre producen los efectos de la cosa juzgada, con independencia del momento en que se dictaren: ya sea al término de la primera fase, de instrucción, del proceso penal (art. 779.1. 1º LECrim); ya sea en la fase intermedia como consecuencia de la apreciación de alguna de sus causas típicas (art. 637 LECrim); ya lo sea al estimar, al mismo inicio del enjuiciamiento, como un artículo de previo pronunciamiento (art. 675 LECrim). A partir de este momento ya no podrá provocarse su conclusión por causa alguna de sobreseimiento; estará indefectiblemente encaminado hacia la sentencia de fondo, sea absolutoria, sea condenatoria.

El sobreseimiento libre —cuyo demoledor efecto son, nada menos, que la imposibilidad de reabrir el proceso, por causa, precisamente, de la cosa juzgada que dicha resolución irradia— tan solo cabe por alguno de los siguientes motivos: primero, cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa; segundo, cuando el hecho no sea constitutivo de delito; y tercero, cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

La segunda peculiaridad de la cosa juzgada penal, por contraste a la civil, es su doble identidad: objetiva —mismos hechos— y subjetiva —mismo acusado, con independencia de quién sea el acusador—. La fuerza de cosa juzgada penal dimanante de las sentencias firmes y autos de sobreseimiento libres comporta, pues, que los hechos que ya se han presentado, por primera vez, ante el Juzgador, frente a un investigado determinado, no podrán —ne bis in idem— volver a ser susceptibles de conocimiento judicial; y ello bien sea, en el primer caso —sentencia firme— porque ese sujeto ya ha sido condenado o absuelto; bien porque, en el segundo —sobreseimiento libre— ya se apreció, en su momento, alguna de las anteriores causas impeditivas de todo posible enjuiciamiento penal.

La identidad subjetiva de la cosa juzgada penal estará integrada, en exclusiva, por la/s parte/s acusada/s y no por la/ acusadora/s, ni mucho menos, como acontece con la cosa juzgada civil, por la conjunción de una y otra. En consecuencia, la cosa juzgada penal tiene una doble identidad: objetiva

— mismos hechos— y subjetiva —contraída a la exclusiva parte pasiva de la relación procesal y nunca a la activa—; por tanto: cuando sobre un mismo sujeto investigado o acusado, según cual sea el momento en que se encuentre, penda una segunda imputación por unos hechos idénticos, respecto de aquellos que quedaron enjuiciados en una sentencia firme o en un auto de sobreseimiento libre, anteriores en el tiempo, entonces resulta claro que dicha segunda imputación no podrá prosperar por razones de cosa juzgada penal material.

# Lección 26 RÉGIMEN GENERAL, RECURSOS NO DEVOLUTIVOS Y RECURSO DE REVISIÓN CONTRA LOS DECRETOS

## I. RÉGIMEN GENERAL.

### 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO ***EXAMEN

**Concepto.** Recursos = conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte gravada por la resolución definitiva puede conseguir su revisión, ya sea:

1. Por el mismo órgano judicial que la dictó, o
2. Por otro órgano superior,

con el objeto de evitar los errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme del Derecho.

**Fundamento** . El sistema de recursos descansa en:

1. El reconocimiento de la falibilidad del órgano judicial +
2. En la necesidad de evitar que la certeza implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime no ajustada a Derecho. ← Para ello, se le concede la posibilidad de poder combatir los errores en que pudieran haber incurrido los titulares de los órganos judiciales en la aplicación e interpretación de la Ley (procesal o material) => Se incrementa el nivel de acierto de la decisión final.

### 2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LOS RECURSOS

A diferencia de lo que sucede en el proceso civil[1], en el proceso penal el «derecho a los recursos»[2], implica que «toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley».

Nota. - Dicho derecho se extiende, en principio, a toda sentencia condenatoria dictada en primera instancia (= a la resolución judicial que sanciona el comportamiento del acusado con una pena, sea ésta pecuniaria, privativa de libertad o restrictiva de derechos, y no a cualquier incidente o cuestión suscitada en la causa penal, ni cuando la sentencia penal es dictada en única instancia por el TS).

### 3. PRESUPUESTOS PROCESALES. ***EXAMEN

Los presupuestos procesales han de ser observados en todas y cada una de las fases procesales => Condicionan la admisibilidad de la pretensión en el ejercicio de los medios de impugnación. => Su incumplimiento impide al Tribunal examinar la pretensión en la segunda instancia o en la casación, y

[1] en donde el «derecho fundamental a los recursos», que se encuentra implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva, no es absoluto, por cuanto se trata de un derecho de configuración legal, en el sentido de que el Poder Legislativo es dueño de determinar tanto el número y naturaleza de los recursos, como los requisitos que posibilitan su admisibilidad

[2] se encuentra previsto en el art. 2.1º del Protocolo Adicional núm. 7 del CEDH y en el art. 14.5 del PIDCP de Nueva York, que forma parte de nuestro ordenamiento interno (art. 10.2 CE)

ocasionan la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida o recaída en la primera instancia. Son:

a) Comunes = el gravamen y la conducción procesal y

b) Especiales = requisitos que han de concurrir en el ejercicio de medios de impugnación extraordinarios (Ejem: Prestar un depósito o caución para la interposición de determinados recursos).

## A) Comunes

1. **El gravamen o perjuicio**

En virtud de este presupuesto, sólo la parte a la que ha sido desfavorable La resolución judicial está legitimada para provocar la apertura de una nueva fase procesal mediante el uso de los recursos o medios de impugnación establecidos legalmente.

Nota. - Como regla general, el perjuicio tiene que producirse en los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia => No puede entenderse por gravamen la disconformidad con los hechos probados o con la fundamentación jurídica sobre la que se sustenta tal decisión => El acusado absuelto carece, en principio, de legitimación para recurrir la resolución absolutoria, por falta de interés para deducir la citada impugnación.

**2. El derecho de conducción procesal**

Para poder hacer uso de los recursos legalmente previstos, además de que el recurrente sea gravado por la resolución judicial, es preciso que haya ocupado el estatus de parte procesal en el proceso en donde haya sido dictada, con independencia de la posición que ocupe.

Nota. - A diferencia del proceso civil, la inexistencia en el proceso penal del litisconsorcio penal pasivo necesario, hace superflua esta categoría procesal, ya que sólo las partes formales están legitimadas para el ejercicio de los medios de impugnación, salvedad hecha de los condenados rebeldes y contumaces que pueden ejercitar los correspondientes medios de rescisión de la cosa juzgada, incluido el recurso de amparo si son condenados sin posibilidad de ejercer defensa alguna. No obstante, sí es reclamable este presupuesto procesal en todo lo relativo a la personación de los acusadores particulares y privados y al objeto procesal civil, impidiendo, salvo auténticos supuestos de litisconsorcio pasivo necesario de los responsables civiles, que puedan recurrir quienes no se constituyeron en parte formal en la instancia.

## B) Especiales.

requisitos que han de concurrir en el ejercicio de medios de impugnación extraordinarios

- **El depósito del acusador popular (**DA 5ª.1. II de la LOPJ)

Para la interposición de todos los recursos, el acusador tiene que efectuar, con carácter previo a la interposición del recurso, un depósito en una cuantía que oscila entre:

- 25 euros para el recurso de reposición (incluido el de «revisión» contra las resoluciones del LAJ),
- de 30 para el recurso de queja
- 50 para los demás.

Dicho depósito tiene que efectuarse en la entidad financiera habilitada y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» del órgano jurisdiccional con carácter previo a la interposición de los recursos no devolutivos o en la de su anuncio, en los devolutivos.

En cualquier caso, es un presupuesto procesal sanable.

- **El depósito de las partes privadas en el recurso de casación** (art. 875 LECrim)

En el recurso extraordinario de casación, cuando el recurrente sea un acusador privado y el delito sea perseguible de oficio, debe satisfacer, con carácter previo a su interposición un depósito de:

- 72 euros, si el delito es perseguible de oficio.
- 36 euros, si el delito es perseguible a instancia de parte.
- 45 euros, cuando el recurso lo interponga el actor civil.

## 4. EFECTOS. ***EXAMEN

Los recursos en el proceso penal pueden producir los siguientes efectos:

- Efecto devolutivo (como en el proceso civil)
- Efecto suspensivo (como en el proceso civil)
- Efecto extensivo (solo en el proceso penal).

### A) Efecto devolutivo

Concurre en los recursos en los que tiene que conocer un órgano judicial distinto y superior jerárquico (órgano ad quem) al que dictó la resolución recurrida (órgano a quo), tal y como sucede en los recursos de apelación, queja y casación.

Nota. - No producen dicho efecto el recurso de reforma y súplica o el de nulidad de las sentencias, ya que son resueltos por el mismo órgano autor de la resolución impugnada.

### B) Efecto suspensivo

La interposición de un recurso produce este efecto cuando impide que la resolución impugnada pueda ser ejecutada mientras el recurso no se resuelva definitivamente.

Nota. - Cuando el recurso produce tanto el efecto devolutivo, como el suspensivo, la LECrim se refiere a que es admitido «en ambos efectos»; si, por el contrario, tan sólo se produce el efecto devolutivo, entonces se dice que es admitido «en único efecto».

El que un recurso produzca o no el efecto suspensivo depende de del tipo de resolución recurrible y del sentido de su pronunciamiento:

- Recursos contra resoluciones interlocutorias → El efecto suspensivo se produce únicamente cuando la Ley lo determine expresamente.
  Recursos contra resoluciones definitivas:
  - Si la sentencia es condenatoria → el efecto suspensivo existe siempre en los pronunciamientos penales.
    Nota. - En los pronunciamientos civiles no es así, ya que son susceptibles de ser ejecutados provisionalmente.

- Si la sentencia es absolutoria → se ejecutada de forma inmediata (= determina la puesta en libertad del acusado que estuviera privado de ella cautelarmente y el alzamiento de cualquier otra medida cautelar que hubiera podido adoptarse).

### C) Efecto extensivo.

En el proceso penal se reconoce el efecto extensivo, según el cual «cuando sea recurrente uno de los procesados (condenados), la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia», sin que les pueda perjudicar en los que les fuere adverso (art. 903 LECrim).

Nota. - Aunque dicho efecto solo se reconoce para el recurso de casación, no existe razón alguna que impida su aplicación a cualquier tipo de recurso, siempre y cuando concurran, las mencionadas circunstancias.

## 5. CLASES.

Los recursos previstos en el ordenamiento procesal penal se pueden clasificar:

a. **Atendiendo a los efectos que produce su interposición => según cual sea el órgano competente funcionalmente para su conocimiento:**
   - Recursos devolutivos → los que son conocidos por un órgano distinto y superior jerárquico al que haya emitido la resolución impugnada (v. gr. los recursos de apelación, queja y casación).
   - Recursos no devolutivos → los recursos de los que conoce el mismo órgano o Tribunal que dictó la resolución impugnada (v. gr. los recursos de reforma y súplica).

b. **Por los motivos o causas susceptibles de hacerse valer mediante su interposición**:
   - Recursos ordinarios → los recursos que no encuentran limitación alguna en su fundamentación jurídica, pudiendo invocarse cualquier motivo de oposición, ya sea de índole formal (defectos in procedendo), ya sea material (vicios in iudicando).
     Caben incluir en esta categoría los recursos de reforma, súplica, apelación (excepción hecha del recurso de apelación previsto para el proceso ante el Tribunal del Jurado) y queja.
   - Recursos extraordinarios → los recursos que tan sólo pueden fundarse en las causas o motivos de oposición legalmente previstos.
     El recurso extraordinario por excelencia es el de casación.
     También es extraordinario el indebidamente denominado «recurso de apelación» contra las sentencias del Tribunal del Jurado.

c. **Por la clase de resolución que se impugna:**
   - Recursos que proceden frente a resoluciones interlocutorias (autos y providencias).
   - Recursos que se interponen contra resoluciones de fondo (autos y sentencias).

## II. LOS RECURSOS NO DEVOLUTIVOS.

Presentan como característica común que son tramitados y resueltos por el mismo órgano judicial o LAJ que dictó la resolución recurrida.

En nuestro Ordenamiento procesal penal integran esta categoría los recursos de:

- Reforma
- Súplica
- Reposición.

### 1. EL RECURSO DE REFORMA.

#### A) Concepto y notas esenciales.

Es un medio de impugnación ordinario, no devolutivo, ni (con carácter general) suspensivo, que procede contra las resoluciones interlocutorias dictadas por un órgano unipersonal y cuya interposición constituye, en determinados supuestos, presupuesto de admisibilidad de otros recursos.

**Notas esenciales**

1º. Es un recurso ordinario => su fundamentación no encuentra limitación alguna, ya que solo es necesario la mera alegación de un perjuicio o gravamen causado a los intereses del recurrente por la resolución judicial.
2º. Tiene carácter no devolutivo => la competencia funcional para su resolución la ostenta el mismo órgano autor de la resolución recurrida.
3º. Salvo que la Ley disponga otra cosa, no produce efectos suspensivos.
4º. En ocasiones, su interposición es necesaria para que puedan ser admitidos otros distintos medios de impugnación, tal y como sucede en el ámbito del procedimiento ordinario, aunque se admite la interposición conjunta de ambos recursos en un mismo escrito, en cuyo supuesto el de apelación se propondrá subsidiariamente por si fuere desestimado el de reforma.

En otros casos, como en el procedimiento abreviado, su interposición previa al de apelación tiene carácter potestativo, pudiendo interponerse el recurso de apelación subsidiariamente con el de reforma o por separado.

#### B) Resoluciones recurribles.

Son recurribles en reforma todos los autos dictados por el Juez de Instrucción y de lo Penal que no estén exceptuados de recurso, a los que cabe incorporar las providencias, siempre y cuando supongan una decisión sustancial del órgano judicial, pero no cuando su contenido se refiera a la mera tramitación u ordenación material de los trámites procesales.

Entre otros, están exceptuados del recurso de reforma:

- El auto resolviendo el recurso de reforma;
- El auto que acuerde la apertura del juicio oral, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado
- El auto de admisión o inadmisión de pruebas
- El auto de suspensión del juicio oral.

**C) Tramitación.**

Debe interponerse ante el mismo órgano judicial que ha dictado el auto (o providencia) objeto de impugnación en el plazo de los tres días siguientes, a contar desde aquel en que se hubiere practicado la última notificación a los que sean parte en el juicio, por medio de un escrito.

Una vez interpuesto, el Juez de Instrucción da traslado del mismo a las demás partes personadas para que efectúen, de forma inmediata («el Juez resolverá el recurso al segundo día de entregadas las copias, hubieren o no presentado escrito las demás partes») las alegaciones que estimen oportunas.

La resolución del recurso adopta la forma de auto en el que se deben resolver la totalidad de las cuestiones planteadas.

## 2. EL RECURSO DE SÚPLICA.

A este tipo de recurso se aplican ca las mismas notas esenciales y la misma tramitación procedimental que las predicables del recurso de reforma, con la única salvedad del régimen de resoluciones recurribles, ya que, mientras el recurso de reforma procede contra los autos (y providencias) dictados por órganos unipersonales, el recurso de súplica es admisible frente a los autos dictados por órganos colegiados.

## 3. EL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Puede interponerse contra:

a. Las diligencias de ordenación no definitivas (sin necesidad de satisfacer la caución referida en la DA 15ª LOPJ y ante el LAJ que las dictó), excepto si la Ley prevé el recurso de revisión.

b. Los decretos de los LAJs, excepto en los supuestos en que proceda la interposición directa del recurso de revisión porque lo prevea expresamente la Ley.

El LAJ debe dar traslado de él al MF y demás partes por un plazo común de dos días y lo resolverlo mediante decreto, contra el que no cabe la interposición de recurso alguno.

## III. EL RECURSO DE REVISIÓN CONTRA LOS DECRETOS.

Tiene una imprecisa denominación ya que se presta a confusión con la revisión de las sentencias firmes contemplado.

Es un recurso devolutivo, no suspensivo, que opera contra los decretos expresamente autorizados por la LECrim y que se interpone ante el Juez o Tribunal ante el cual está transcurriendo el procedimiento.

El recurso se interpone con firma de Abogado, acreditando la constitución de un depósito de 25 euros como requisito de admisibilidad, si el recurrente fuere el acusador popular.

Admitido a trámite, el LAJ da traslado al MF y demás partes para que aleguen por escrito en el plazo de dos días, transcurrido el cual el Juez o Tribunal dictará resolución, contra la que no cabe recurso alguno.

Solo es aplicable contra las decisiones de naturaleza estrictamente penal => Si su objeto estuviera relacionado con la pretensión civil acumulada y, en concreto, con la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia o con el embargo cautelar de bienes para asegurar las responsabilidades civiles de terceros, hay que estarse al régimen que sobre los recursos contra las resoluciones del LAJ que establece para el proceso civil en los arts. 451-453 LEC.

# Lección 27 EL RECURSO DE APELACIÓN

## I. RÉGIMEN JURÍDICO.

En atención a la clase de resolución judicial objeto de recurso de apelación, así como al tipo de procedimiento penal en el que sea dictada, podemos distinguir, en el momento actual, hasta tres diferentes regulaciones del recurso de apelación en nuestra LECrim:

- El recurso de apelación frente a resoluciones interlocutorias dictadas por los Jueces de Instrucción (y Centrales de Instrucción), cuyo régimen jurídico aparece regulado en los arts. 216 y ss. LECrim, con importantes especialidades en el ámbito del procedimiento abreviado ex art. 766 LECrim.
- El recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal (y Jueces Centrales de lo Penal) en el procedimiento abreviado, que se encuentra regulado en los arts. 790-792 LECrim, siendo también de aplicación tanto a los recursos contra sentencias dictadas porlos Juzgados de lo Penal en el ámbito del enjuiciamiento rápido de determinados delitos y por los Juzgados de Instrucción enel juicio por delitos leves, como a los recursos frente a determinados autos y sentencias dictados por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia.
- El «recurso de apelación» frente a las sentencias y determinados autos dictados por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia.

## II. EL RECURSO DE APELACIÓN FRENTE A RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS.

### 1. EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

#### A) Concepto y notas esenciales

Es un medio de impugnación ordinario, devolutivo y, generalmente, no suspensivo, subsidiario del recurso de reforma, que procedefrente a determinados autos dictados por los órganos instructores de las causas penales, a través del cual se hace posible que otro órgano superior jerárquico pueda enjuiciar, en su íntegra globalidad, las decisiones llevadasa cabo por dichos Jueces y Magistrados instructores

Del referido concepto cabe extraer las siguientes notas esenciales:

*a)* Es un **recurso ordinario y devolutivo**, permite la alegación de cuantos motivos estime adecuados el recurrente, tanto de índole procesal, como material y, por otra, su resolución compete, al órgano superior jerárquico del que dictó la resolución recurrida, lo que no excluye que, de determinadas fases de su tramitación, conozca el propio Juez de Instrucción que dictó la resolución recurrida.

En supuestos excepcionales, como en el caso de los aforados sometidos al proceso penal, el órgano competente para la resolución del recurso de apelación frente a las decisiones de los Magistrados Instructores será el mismo órgano competente para su enjuiciamiento, esto es, el TSJ y el TS, entre cuyos miembros se habrá nombrado el instructor de la causa.

*b)* La regla general es la de la **ausencia de efectos suspensivos**, que habilita laadmisión del recurso en ambos efectos «*tan sólo cuando la misma* (la Ley) *lo disponga expresamente*», por lo que, a falta de disposición expresa, la interposición del recurso no impedirá la ejecución de la resolución recurrida.

Se erige en un **medio de impugnación subsidiario al de reforma**, por lo que, su admisión queda condicionada a la previa interposición y desestimación del recurso de reforma (art. 222.I LECrim).

### B) Resoluciones recurribles.

El recurso de apelación es subsidiario del dereforma, y este último procede frente a los autos dictados por los Juzgados de Instrucción, por lo que, podemos concluir que el de apelación ha de resultar de aplicación, como regla general, contra los autos desestimatorios del recurso de reforma.

No obstante, el recurso de apelación no resulta procedente frente a la totalidad de dichos autos, sino únicamente frente a los determinados en laLey (art. 217 LECrim) que, son: a) el auto de inhibición a favor de otro Juez o Jurisdicción); b) el auto denegando las diligencias de investigación propuestas por las partes al Juez instructor c) el auto desestimatorio de la querella; d) el auto decretando el procesamiento de alguna persona; e) el auto calificando la suficiencia de las fianzas

### C) Procedimiento.

Corresponde al Juez de Instrucción autor de la resolución impugnada el conocimiento de la fase de interposición y admisión del recurso, en tanto que, a la Audiencia Provincial, Audiencia Nacional o Sala de lo Civil y Penal de los TSJ, la de instrucción, vista y resolución del recurso.

#### Interposición

El recurso de apelación se interpondrá en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de la última notificación de la resolución judicial que fuere su objeto, efectuada a los que sean parte en el juicio, ante el mismo órgano judicial que haya dictado la resolución recurrida, por medio de escrito autorizado con firma de Abogado.

Puede interponerse de manera conjunta el recurso de reforma y de apelación en un mismo escrito, en cuyo supuesto el de apelación se propondrá subsidiariamente, por si fuere desestimado el de reforma.

En ambos casos, en dicho escrito de interposición las partes han de limitarse a anunciar su intención de recurrir el auto desestimatorio del recurso de reforma, siempre y cuando proceda legalmente, posponiendo para el trámite de la vista oral la completa fundamentación del recurso, previainstrucción de las partes personadas ante el órgano «*ad quem*».

#### Admisión

Una vez interpuesto el recurso, el Juez de Instrucción, previa comprobación de los presupuestos procesales que condicionan la admisibilidad del recurso, lo admitirá en uno o en ambos efectos, según resulte procedente.

Cuando el recurso sea admitido en ambos efectos (devolutivo y suspensivo), el Letrado de la Administración de Justicia remitirá los autos originales al Tribunal que hubiere de conocer de la apelación y emplazará a las partes para que comparezcan ante el mismo en el plazo de quince

o de diez días, según dicho Tribunal fuere el Supremo (supuesto de aforamientos) o la Audiencia.

Si el recurso de admite en un solo efecto, el Juez, de oficio, en la resolución admisoria mandará expedir testimonio, para su remisión a la Audiencia Provincial, del auto primeramente recurrido en reforma, del escrito de interposición de dicho recurso, del auto apelado y de cuantos particulares considere necesario incluir.

### Instrucción de las partes personadas

Efectuado el emplazamiento de las partes y recibidos los autos originales o los testimonios, según el recurso se haya admitido en uno o en ambos efectos, se dará vista de la causa para su instrucción, por un plazo de tres días, al apelante, a continuación, y por idéntico plazo, a las demás partes personadas y, por último, al MF, si el procesofuere de los que requirieren su intervención, excepto de las actuaciones que tengan para las partes, distintas del MF, el carácter de reservadas.

La falta de personación del apelante en el plazo conferido determinará que, de oficio, el Letrado de la Administración de Justicia dicte decreto declarando desierto el recurso, lo que será inmediatamente comunicado por certificación al Juez instructor, a quien se le devolverán los autos originales, si el recurso fue admitido en ambos efectos. Contra este decreto cabrá recurso directo de revisión. Por el contrario, la falta de personación extemporánea de las partes apeladas les impedirá participar en el trámite de instrucción y en la actividad probatoria, en su caso, pero no les priva de su derecho aintervenir en la vista del recurso, siempre y cuando resulte todavía posible, conforme a una interpretación que viene razonablemente impuesta por el ejercicio del derecho de defensa.

### Vista oral

Finalizado el trámite de instrucción, el LAJ señalará día para la celebración de la vista en la que el Fiscal y los defensores de las demás partes podrán informar lo que tuvieren por conveniente a su derecho La vista se celebrará en el día señalado, asistan o no las partes,sin que entre el día del señalamiento y la celebración de la vista transcurran más de diez días, durante los cuales las partes podrán presentar los documentos que tuvieren por conveniente en justificación de sus pretensiones.No podrá acordarse la suspensión por motivo alguno, rechazándose de plano, sin ulterior recurso, las pretensiones de suspensión que se formulen.

El acto de la vista oral constituye el trámite procesal adecuado para que las partes formulen cuantas alegaciones, tanto de índole formal, como material estimen convenientes en orden a la fundamentación de su impugnación, bajo la inmediación del órgano judicial funcionalmente competente para su enjuiciamiento y resolución, así como paraque la parte apelada sostenga la confirmación del auto recurrido.

### Resolución

Celebrada la vista, el Tribunal resolverá el recurso por medio de auto, frente al que no cabe la interposición de recurso alguno, estimando o desestimando, en todo o en parte, la resolución recurrida.

### 2. EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

El recurso de apelación puede **interponerse directamente sin necesidad de utilizar previamenteel de reforma**, tal y como dispone el art. 766.2 LEcrim, lo que no excluye la posibilidad de que se interponga subsidiaria- mente al de reforma.

Por lo que respecta a su tramitación, en la fase de **interposición**, la parte recurrente no podrá limitarse a anunciar su intención de recurrir, sino que **deberá incluir «los motivos del recurso»**, sin limitación alguna, dada su naturaleza de recurso ordinario, señalandolos particulares que hayan de testimoniarse y al que se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas (art. 766.3 LECrim).

Por el contrario, si el recurso de apelación se hubiere interpuesto subsidiariamente con el de reforma, si éste resultara total o parcialmente desestimado, dispone el art. 766.4 LECrim que, antes de dar traslado a las demás partes personadas, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al apelante por un plazo decinco días para que formule alegaciones y pueda presentar, en su caso, losdocumentos justificativos de sus pretensiones.

En ambos casos, una vez admitido a trámite el recurso, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes personadas por un plazo común de cinco días paraque puedan alegar por escrito lo que estimen conveniente, señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones, remitiéndose testimonio de los particularesseñalados a la Audiencia respectiva, que, sin más trámites, resolverá dentro de los cinco días siguientes (art. 766.3 LECrim).

Ha de entenderse que el Juez de Instrucción o de lo Penal también habrá de remitir los escritos de las partes, así como los documentos aportados por éstas para fundamentar sus pretensiones.

La **regla general es la de la ausencia de celebración de vista** en la sustanciación de los recursos de apelación frente a autosen el procedimiento abreviado, no obstante, admite dos excepciones: de un lado, cuando en el auto recurrido en apelación se haya acordado la prisión provisional de alguno de los imputados, en cuyo caso deviene preceptiva la celebración de vistarespecto de dicho pronunciamiento, siempre y cuando el apelante lo hayasolicitado en el escrito de interposición y, de otro, cuando dicha resolución contenga otros pronunciamientos sobre medidas cautelares, tanto persona- les, como patrimoniales, supuesto este último en donde la celebración dela vista no tiene carácter preceptivo, sino potestativo («la Audiencia podrá acordar») (art. 766.5 LECrim).

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA RESOLUCIONES DEFINITIVAS.

### 1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

El recurso de apelación regulado en los arts. 790-792 LECrim puede ser conceptuado como un medio de impugnación ordinario, devolutivo y,en ocasiones, suspensivo, que procede frente a determinadas resolucionesdefinitivas y cuya finalidad consiste, bien en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida por parte de un órgano superior jerárquico, bien en provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de las normas o garantías procesalesinvocadas.

Del referido concepto cabe extraer las siguientes notas esenciales:

a) Es un recurso **ordinario**, por cuanto no existe ningún tipo de restricciones a su fundamentación.
b) Se trata, en segundo lugar, de un recurso **devolutivo**, en la medidaen que la competencia funcional para su conocimiento viene atribuido a un órgano superior jerárquico, que serán bien las Audiencias Provinciales o la AN o bien las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.
c) No existe precepto alguno que determine expresamente si la admisión del recurso de apelación produce o no efectos suspensivos, por lo que se puede entender **tan sólo las sentencias condenatorias producen efectos suspensivos**.

## 2. RESOLUCIONES RECURRIBLES.

Las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal y por los Juzgados de Instrucción serán recurribles ante la AP correspondiente, y las del Juez Central de lo Penal, ante la Sala de lo Penal de la AN.

Por otra parte, la Ley 41/2015, de reforma de la LECrim, introdujo un nuevo art. 846 ter, según el cual también serán susceptibles de recurso de apelación los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la AN en primera instancia, delque conocerán las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y la Sala de Apelación de la AN, respectivamente.

## 3. PROCEDIMIENTO.

### A) A) Interposición.

Se interpone mediante escrito, debidamente autorizado con firma de Abogado y Procurador, presentado ante el órgano *aquo* «por cualquiera de las partes» que hayan ostentadola condición formal de parte procesal y a quienes la resolución recurrida les haya ocasionado un gravamen, dentro de los diez días (cinco días en los juicios rápidos y por delitos leves)siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia (art. 790.1 LECrim), se computará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado personalmente lasentencia a cada una de las partes, y no una vez que se haya efectuado la última notificación.

**Motivos de impugnación**

En el escrito de interposición la parte apelante ha de formular los motivos de su impugnación, las razones por las que estima desacertada la resolución objeto del recurso y, en definitiva, las alegaciones con base en las cuales pretende que el Tribunal revoque la decisión del órgano ya que, una vez admitido a trámite el recurso, tan sólo se ofrece un trámite de alegaciones a las demás partes personadas para, a continuación, elevar la causa al órgano competente, debiendo éste resolver, con carácter general, sin ulterior audiencia del apelante, toda vez que la celebración de vista oral presenta un carácter eventual, condicionada a la admisión de laprueba propuesta por las partes.

El art. 790.2 LECrim establece las alegaciones que puede invocar la parte recurrente, estableciendo que, en el escrito de formalización, se expondrán, ordenadamente, las

alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de la prueba o infracción de normas del ordenamiento jurídico en que se base la impugnación, lo que en modo alguno convierte al recurso de apelación en un recurso extraordinario, tal y como sucede en el procedimiento ante el Jurado, si se reparaen el carácter tan amplio de dichos motivos, a través de los cuales se puede invocar la totalidad de los quebrantamientos o errores en que puede haberincurrido tanto la sentencia, como el procedimiento tramitado hasta su obtención.

**a') Quebrantamiento de las normas y garantías procesales**

El primero de los motivos que puede alegar el recurrente consiste en la infracción de normas o garantías procesales que le causaren indefensión, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, en cuyo caso podrá solicitar la nulidad del juicio, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: por una parte, citar las normas legales o constitucionales, de incidencia procesal, que se consideren infringidas y las razones de la indefensión y, por otra, acreditar haber pedido la subsanación de la faltao infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible efectuar la reclamación.

Por otro lado, para que la indefensión alcance dimensión constitucionales necesario que sea imputable y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan

**b') Error en la apreciación de la prueba**

El segundo de los motivos que pueden invocarse en el escrito de formalización del recurso de apelación es el del error en la apreciación de las pruebas, alegación con la que se pretende que el órgano funcionalmente competente para el conocimiento del recurso efectúe un nuevo examen y valoración de la prueba practicada en primera instancia.

De conformidad con el nuevo régimen legal, el tribunal de apelaciónno podrá revisar y corregir los hechos que el órgano *a quo* haya declarados probados. Tan sólo en el supuesto de que aprecie que la valoración de la prueba realizada por dicho órgano sea manifiestamente irracional o arbitraria deberá anular la sentencia, en cuyo caso se devolverán las actuacionesal órgano que dictó la resolución recurrida (art. 792.2 LECrim), pero no sustituir directamente su valoración por otra.

**c') Infracción de normas del ordenamiento jurídico**

El último de los motivos en los cuales puede fundamentarse el recursode apelación consiste en la infracción de normas del ordenamiento jurídico, supuesto en el que deberán especificarse, pese al silencio legal, los preceptoslegales o constitucionales infringidos, que habrán de tener carácter material, quedando excluidas de esta vía impugnatoria las infracciones de las garantías procesales contenidas en el art. 24 CE, las cuales habrán de invocarse por el motivo referente al quebrantamiento de las normas y garantías procesales.

Por medio de este motivo de impugnación se podrán invocar las infracciones cometidas precisamente en la sentencia, razón por la cual no resulta de aplicación la exigencia de acreditar haber solicitado la subsanación de la falta denunciada en la primera instancia.

**Proposición de prueba**

Junto a la exposición, ordenada y completa, de las alegaciones el escrito de interposición constituye también el momento procesal oportuno para que el recurrente solicite la práctica de las diligencias de prueba en segunda instancia, actividad probatoria que posee un marcado carácter excepcional limitado a los supuestosen que el apelante acredite: a) que no pudo proponer prueba en la primera instancia, b) que las propuestas le fueron indebidamente denegadas y c) que las propuestas y admitidas no fueron practicadas por causas que no le sean imputables (art. 790.3 LECrim).

En relación con el primero de los supuestos que justifica la práctica de prueba en segunda instancia, esto es, que el apelante «no pudo proponer prueba en la primera instancia», ha de entenderse que dicho inciso contempla la imposibilidad de proposición de prueba debido únicamente, bien a la aparición de hechos nuevos acaecidos con posterioridad al trámite procesal concedido para la proposición de prueba en primera instancia, bien a la existencia de hechos que, no obstante de ser de fecha anteriora dicho trámite preclusivo, hubieren llegado a conocimiento del recurrente en un momento posterior supuesto este último que habrá de ser objeto de especial justificación, con el fin de evitar conductas fraudulentas del recurrente.

Tratándose de pruebas que, a juicio del recurrente, fueron indebidamente denegadas en primera instancia, para que proceda su práctica en segunda instancia es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que dichos medios probatorios hayan sido propuestos en tiempo y forma; b) que, inmediatamente después de la denegación de la prueba, el recurrente formalice la oportuna protesta; c) que no haya existido durante la tramitación del procedimiento en primera instancia ningún otro momento para proponer el medio de prueba indebidamente inadmitido; por último, d) que el órgano*ad quem* estime pertinente y relevante para la decisión del recurso la práctica de la prueba propuesta.

Finalmente, la parte apelante podrá solicitar en segunda instancia la práctica de la prueba debidamente propuesta y admitida en primera instancia que, por causas que no le sean imputables, no hubieran podido practicarse, quedando condicionada su admisibilidad a la acreditación de dicho extremo y a su carácter relevante en aras a acreditar la veracidad de unos hechos que tengan incidencia a los efectos de resolver..

**B) Admisión.**

El órgano *a quo* ha de proceder a un examen sobre la concurrencia de los requisitos formales que condicionan la admisión del recurso:

1. que en el escrito de interposición se expongan, ordenadamente, los motivos de oposición;
2. que se acredite haber pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, cuando el recurso se fundamente en el quebrantamiento de las formas o garantías procesales;
3. que se designe un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia.

Junto al examen de dichas causas específicas de admisión, también habrá deobservar el Juez el cumplimiento de los requisitos comunes que condicionan la admisión de todo recurso, esto es, que la resolución sea recurrible, que el recurso se haya interpuesto en plazo y ante el órgano judicial competente, así como que la resolución impugnada produzca perjuicio a quienes hayan ostentado la condiciónde parte formal en el proceso donde fue dictada la resolución judicial

objeto de recurso.

Si el órgano *a quo* apreciara la concurrencia de algún defecto subsanable, tal y como sucede con las que hemos denominado «causas específicas de admisión», concederá al recurrente un plazo no superior a los tres díaspara la subsanación (art. 790.4 LECrim).

### C) Escrito de alegaciones de las demás partes.

Una vez comprobada la concurrencia de los requisitos que ha de reunir el escrito de interposición del recurso, el órgano *a quo* procederá a su admisión, dándose traslado de dicho escrito por el Letrado de la Administración de Justicia a las demás partes para que, dentro del plazo común de diez días, puedan presentar los «escritos de alegaciones» que estimen oportunos (art. 790.5 LECrim).

Dicho escrito de alegaciones es el adecuado para que la parte apelada manifieste su oposición a la revisión solicitada por el apelante, exponiendo, cuantas alegaciones estime oportunas en orden a destruir las pretensiones del recurrente y, solicitar la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia(impugnación del recurso), pudiendo también en sus alegaciones apoyar las razones expuestas por el recurrente, pero sin que pueda introducir motivos que alteren los términos del debate.

Asimismo, el escrito de alegaciones constituye el momento oportuno para que las demás partes soliciten la práctica de prueba, en los términos antes estudiados, así como para oponerse a la solicitada por la parte apelante.

Una vez presentados los escritos de alegación o precluido el plazo parahacerlo, el Letrado de la Administración, en los dos días siguientes, dará traslado de cada uno de ellosa las demás partes y elevará a la Audiencia los autos originales con todos losescritos presentados (art. 790.6 LECrim).

### D) Sustanciación y eventual celebración de vista.

Recibidas las actuaciones por la Audiencia, la sustanciación del recurso difiere en función de si las partes han propuesto o no prueba en la segunda instancia.

Si en los escritos de interposición o de alegaciones las partes no han propuesto la práctica de prueba, en cuyo supuesto no procede, como regla general, la celebración de vista, el órgano *ad quem* se limitará a dictar sentencia dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 792.1 LECrim).

Ello, no obstante, aun cuando las partes no hayan propuesto la prácticade prueba, el art. 791.1 LECrim contempla la posibilidad de celebración de vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la «correcta formación de una convicción fundada».

Por el contrario, cuando alguna de las partes hayan solicitado la práctica de prueba o reproducción de la grabada, ya sea en el escrito de formalización, ya sea en el de alegaciones, el Tribunal habrá de pronunciarse en tres días sobre la admisión o no de la propuesta, para lo cual habrá de analizar, en primer lugar, si resultan acreditados los requisitos que justifican su admisión ex art. 790.3 LECrim (prueba que no pudo proponerse en primera instancia, prueba indebidamente denegada en primera instancia, prueba admitida y no practicada en primera instancia) y, en segundo lugar, los criterios que

condicionan la práctica de todo medio probatorio, esto es, su pertinencia, necesidad y utilidad.

Si, efectivamente, considera que debe admitirse toda o parte de la prueba propuesta, el Tribunal acordará que el LAJ señale día para la celebraciónde vista, que habrá de tener lugar dentro de los quince días siguientes y ala que habrán de ser citados todas las partes e informada la víctima de su celebración, aun cuando no se haya mostrado parte, ni sea necesaria su intervención.

La celebración de la vista se concentra en una o varias sesiones y se desarrollará bajo los principios de oralidad, publicidad, contradicción e igual- dad, comenzando con la práctica de la prueba. A continuación, las partesefectuarán un resumen oral tanto de su resultado, como del fundamento de sus respectivas pretensiones (art. 791.2 LECrim).

### E) La sentencia de apelación.

El contenido de la sentencia puede ser desestimatorio, procediendo a confirmarla resolución impugnada, o estimatorio, en cuyo supuesto el alcance de la sentencia varía en función de cuál sea la infracción apreciada.

Si el Tribunal estima fundado el motivo de impugnación consistente en el error en la apreciación de la prueba por el órgano *a quo*, la sentencia nopodrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia, niagravar la sentencia condenatoria que le hubiere sido impuesta. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida.

En este caso, la sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento.

En tales casos, la sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Por el contrario, cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, el Tribunal, sin entrar enel fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado enque se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

Contra la sentencia dictada en apelación sólo cabrá recurso de casación(por el motivo de infracción de ley), sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes y de la posibilidad de anulación de sentencias igualmente firmes dictadas en ausencia del acusado, que no constituyen verdaderos recursos, sino acciones autónomas de impugnación.

## IV. EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO PENAL ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO.

### 1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

Es un recurso extraordinario, devolutivo y, en ocasiones, suspensivo, que procede frente a las sentencias y determinados autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la AP y en primera instancia, a través del cual se persigue conseguir, mediante la invocación de alguno/s de los motivos tasados enumerados en el art. 846 bis.c) LECrim, bien la obtención de un segundo pronunciamiento judicial sobrela cuestión controvertida, bien la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de las normas o garantías procesales invocadas.

De dicho concepto, se infieren las siguientes notas esenciales:

1. Se trata de un verdadero **recurso extraordinario**, ya que sólopermite su interposición, al igual que acontece en el extraordinario de casación, con base en alguno o algunos de los taxativos cinco motivosenumerados en su art. 846 bis.c) LECrim.
2. Es un recurso **devolutivo**, por cuanto la competencia funcional para su conocimiento viene atribuida a un órgano distinto y superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida(AP), en este caso a la correspondiente Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma.
3. De conformidad con lo dispuesto en el art. 846 bis. a) LECrim son recurribles a través de este recurso de apelación las sentencias dictadas, en el ámbito de la AP y en primera instancia, por el Magistrado-presidente del TJ. Por el contrario, quedan exceptuadas de recurso de apelación las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente cuando, por razón de aforamiento de algún acusado, el Tribunal del Jurado se constituya tanto en las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, como en elTS (Sala 2ª).

Serán también apelables los autos dictados por el Magistrado-Presidente del TJ en dos supuestos: por una parte, cuando se dicten resolviendo, en sentido estimatorio o desestimatorio, las cuestiones a las que se refiere elart. 36 LOTJ y, por otra, en los casos señalados en el art. 676 LECrim, aun cuando lo dispuesto en dicho precepto, referido a los «artículos de previo pronunciamiento», constituye una de las cuestiones previas a las que hace referencia el apartado 1 del art. 36 LOTJ.

### 2. LEGITIMACIÓN.

El art. 846 bis. b) LECrim otorga legitimación para interponer el recurso de apelación al MF, al condenado y a las demás partes, tanto acusadoras, como acusadas, siempre y cuando la resolución recurrida les haya deparado un gravamen o perjuicio.

En este sentido, el art. 846 bis. b) II LECrim también concede legitimación para recurrir en apelación al declarado exento de responsabilidad criminal, si se le impusiere una medida de seguridad o se declarase su responsabilidad civil.

### 3. PROCEDIMIENTO.

#### A) Interposición.

El escrito de interposición del recurso, habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la sentencia (a laque hay que incluir los Autos susceptibles de recurso, que pongan términoal procedimiento penal en la primera instancia), han de quedar determina-dos, con carácter preclusivo, los motivos de oposición en los que fundamenta su recurso el apelante principal, sin que resulte admisible que en el actode la vista, pese a su carácter preceptivo, se puedan sustentar motivos de apelación diferentes a los contenidos en el escrito deinterposición, ya que tal posibilidad supondría un quebrantamiento de los principios de contradicción y defensa para las restantes partes personadas,que ignorarían hasta ese momento de la vista el contenido real de la impugnación, lo que les impediría formular con plenas garantías el recurso supeditado de apelación.

**Motivos de oposición**

Deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes:

- 1º) Quebranta-miento de las normas y garantías procesales que causare indefensión, si sehubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación;
- 2º) Infracciónlegal o constitucional en que haya incurrido la sentencia;
- 3º) Desestimación indebida de la petición de disolución del Jurado;
- 4º) Disolución improcedente del Jurado y
- 5º) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

**B) Admisión.**

Del escrito interponiendo recurso de apelación el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes y el órgano autor de la resolución recurrida ha de proceder, con carácter previo a conferir dicho traslado a las demás partes, a examinar la concurrencia delos presupuestos procesales que hacen posible que el órgano *ad quem entre* a conocer sobre el fondo de la controversia, evitando, que el recurso finalice con una sentencia absolutoria en la instancia.

**C) Impugnación del recurso. El recurso supeditado de apelación.**

Si el Magistrado-presidente del TJ observa la concurrencia de la totalidadde los presupuestos procesales deberá decretar su admisión a trámite, ordenandoque se dé traslado de dicho escrito a las demás partes personadas para que, en el plazo de cinco días, pueden formular recurso supeditado de apelación.

A través de este recurso supeditado de apelación, la parte recurrida puede manifestar su oposición a que sea estimada la apelación interpuesta porsu contraparte, efectuando las alegaciones que estime procedentes, solicitando la desestimación del recurso de apelación y, por tanto, la confirmación de la resolución impugnada.

El recurso supeditado de apelación constituye el trámite procesal adecuado para que el apelado pueda contribuir a los resultados que pretende obtener el apelante principal.

En el recurso supeditado de apelación pueden suscitarse cuestiones distintas, y aun opuestas, a las planteadas en la apelación principal, pues,de no ser así, carecería de sentido que, una vez formulada la apelación supeditada, haya de darse un nuevo traslado de la misma a las demás partes y, sobre todo, que en el acto de la vista dela apelación, en la que el apelante supeditado intervienen después del principal, si éste no renuncia a ello, pueda intervenir nuevamente para replicara la apelación supeditada .

No obstante, este recurso supeditado de apelación quedará condicionado a que elapelante principal mantenga el suyo.

### D) Sustanciación y celebración de vista.

Una vez finalizado el plazo de cinco días sin que se formule dicha apelación supeditada o, si se formuló, efectuado el traslado a las demás partes,el Letrado de la Administración de Justicia emplazará a todas las partes ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ para que se personen en el plazo de diez días, remitiéndole los autos y los escritos que hayan sido presentados.

En el supuesto de que el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán los autos a la AP, declarándose firme la sentencia.

Por el contrario, si el apelante principal se personare en plazo y no manifestare su intención de renunciar o desistir del recurso, se señalará día para la vista del recurso, a la que habrán de ser citadas las partes personadas y,en todo caso, el condenado y el tercero responsable civil.

En la celebración de la vista no es admisible la proposición y práctica de la prueba en este recurso de apelación, comenzando por el uso de la palabra la parte apelante, seguido del MF, si éste no fue el que apeló, y demás partes apeladas. Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle.

### E) Resolución.

Dentro de los cinco días siguientes a la vista deberá dictarse sentencia, cuyo contenido puede ser desestimatorio o estimatorio, debiendo distinguirse en este último supuesto cuál de los motivos invocados por el recurrente han sido acogidos por la Sala.

La resolución judicial por la que se resuelve el recurso de apelación tendrá un contenido desestimatorio cuando el órgano ad *quem estime* que laresolución impugnada no ha incurrido en ninguno de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente, razón por la cual procederá a confirmar la sentencia dictada en la instancia, efectuando el correspondiente pronunciamiento en costas.

Si la sentencia estimatoria del recurso considera fundados los motivos de oposición consistentes en el quebrantamiento de las normas y garantías procesales causantes de indefensión o en la improcedente disolución del Jurado, el TSJ competente mandará devolver la causa a la Audiencia para la celebración de nuevo juicio.

Si, por el contrario, se estimara la apelación por cualesquiera otro de los motivos enunciados en el art. 846 bis.c) LECrim, se dictará la resoluciónque corresponda, que necesariamente habrá de ser absolutoria cuando el motivo estimado sea la denegación improcedente de la disolución del Jurado por ausencia de prueba de cargo o la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por carecer la condena impuestade toda base razonable atendida la prueba practicada en el juicio oral.

# Lección 28 EL RECURSO DE CASACIÓN

## I. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, con efecto devolutivo, suspensivo y extensivo mediante el cual se somete al TS el conocimiento de determinadas sentencias y autos definitivos dictadas por órganos colegiados

Su fin es la anulación de una resolución recurrida por motivo de vicios en la aplicación y en la interpretación de las normas de Derecho material o procesal, aplicables al caso.

Notas Esenciales:

1. Es **extraordinario**. Tanto por la necesidad de que los motivos sean tasados, como por el ámbito del conocimiento del TS.
2. Es **devolutivo**: la competencia funcional es única del Tribunal superior de los órganos jurisdiccionales, es decir a la Sala 2ª del TS.
3. No existe una regulación expresa que determine cuando tiene carácter **suspensivo**, solo las sentencias condenatorias producen dicho efecto. Por el contrario, si la sentencia fuera absolutoria será ejecutada de forma inmediata.
4. El efecto **extensivo** significa qué si son varios los condenados, la sentencia nueva será aplicable tanto a los recurrentes como a los no recurrentes siempre y cuando se encuentren todos en la misma situación.

**Funciones esenciales** del recurso de casación:

a) la **depuración y control de la aplicación del Derecho** por los Tribunales de instancia, asegurando el sometimiento de sus decisiones a la Ley o función «nomofiláctica», implícita en el art. 123.1 CE;

b) la **unificación jurisprudencial** en la aplicación e interpretación de las normas penales a fin de garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley (art. 14 CE.)

## II. RESOLUCIONES RECURRIBLES.

De acuerdo con el **art. 847 LECrim**, redactado por la Ley 41/2015, de reforma de la LECrim:

1. **Procede recurso de casación**:

a) Por **<u>infracción de ley y por quebrantamiento de forma</u>** contra:
-Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por **infracción de ley del motivo** previsto en el número 1o del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. **Quedan excluidas las que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias** recaídas en primera instancia.

El nuevo art. 847 LECrim incorpora la posibilidad de **recurrir en casación,** por ambos motivos,

- las sentencias **dictadas por la Sala de Apelación de la AN**.
- las sentencias dictadas por las demás Audiencias Provinciales y las de apelación de la AN podrán ser recurridas, **SOLO POR el motivo de infracción de ley** previsto en el número 1o del art. 849 LECrim.
    a. la Sala de lo Penal del TS podrá unificar la jurisprudencia en la interpretación de las normas penales garantizando el principio de igualdad ante la Ley penal (art. 14 CE) en todo el territorio nacional.
- Se admite el recurso de casación, pero **SOLO por infracción de ley**, contra «***los autos*** *para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos* ***dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*** *…»*.

## III. LEGITIMACIÓN.

### 1. EL MINISTERIO FISCAL.

Está **legitimado** para la interposición del **recurso de casación**, tanto por infracción de Ley, como por quebrantamiento de forma, situación que deriva de su condición de «**parte imparcial**», defensora de la legalidad, material y procesal, y a quien incumbe ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (art. 3.4 EOMF), razón por la cual puede verse gravado o perjudicado por una resolución judicial.

### 2. QUIENES HAYAN SIDO PARTE EN LOS JUICIOS CRIMINALES.

Toda **persona que haya sido parte en un proceso** penal (acusado o acusador) está legitimado para esta acción, siempre que la **resolución le haya causado algún gravamen** o perjuicio y cumpla los motivos tasados antes mencionados.
**Excepción:** sentencias de conformidad que no pueden ser objeto de revisión casacional.

### 3. LOS QUE RESULTEN CONDENADOS EN LA SENTENCIA SIN HABER SIDO PARTE.

Se concede legitimación a los que, **sin haber sido parte,** resulten **condenados en la sentencia.** Este supuesto resulta poco probable en relación con los pronunciamientos condenatorios que afectan a la responsabilidad.

Más habitual son los **pronunciamientos condenatorios en relación con las responsabilidades civiles** que afecten a la esfera jurídica de quien no ha sido parte en el juicio previo a la resolución y que no ha tenido oportunidad de defenderse de la acusación en que se pedía tal pronunciamiento. En tales supuestos estarán legitimados para la interposición del recurso de casación los que de esta manera resulten afectados.

### 4. LOS HEREDEROS DE UNOS Y OTROS.

Los herederos de quienes hayan sido parte en los juicios criminales y los que sin haberlo sido resulten condenados en sentencia. En materia civil no hay matices, pero en la cuestión penal esto será posible

si la sentencia fue dictada con posterioridad al fallecimiento ya que con la muerte se extingue cualquier responsabilidad penal, y será con el fin de salvaguardar la memoria y reparar la honra del difunto.

### 5. EL ACTOR Y RESPONSABLE CIVIL.

El actor y responsable civil, este tiene limitada su acción de recurso de casación a los aspectos relacionados con la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa, es decir a las reparaciones indemnizaciones, restituciones... , que hayan reclamado.

## IV. MOTIVOS DE CASACIÓN.

El recurso de tasación tiene tasados solo las resoluciones recurribles, sino también los vicios que se pueden alegar.

### 1. POR INFRACCIÓN DE LEY.

Se ha infringido la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

a) «Cuando, **dados los hechos que se declaren probados** se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter …l».

b) «Cuando haya **existido error en la apreciación de la prueba**, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador …».

### 2. POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.

Se distinguen

- los supuestos referidos a las **infracciones de normas procesales** que afectan a la regularidad del juicio oral,(art. 850 LECrim,)
- los supuestos referidos a los **vicios cometidos en la sentencia** y el modo en que debe dictarse, (art. 851 LECrim).

#### A) **Quebrantamiento de forma por defectos en el procedimiento.**

1. «Se deniegue alguna diligencia de prueba que se considere pertinente».
2. «Se omita la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral… ».
3. «Cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste a la pregunta/s que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa».
4. «Se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, …».
5. «Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado… ».

**A) Quebrantamiento de forma por defectos en la sentencia.**

1. «Cuando **no se exprese cuáles son los hechos que se consideren probados**, o resulte manifiesta contradicción entre ellos…».
2. «Cuando sólo **se exprese que los hechos alegados por las acusaciones** no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados».
3. «Cuando **no se resuelva en ella sobre todos los puntos** que hayan sido objeto de la acusación y defensa».
4. «Cuando **se pene por un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación**…».
5. «Cuando **haya sido dictada por menor número de Magistrados** que el señalado en la Ley.».
6. «Cuando haya **concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación**…se hubiese rechazado».

### 3. POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.

Los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim autorizan la interposición del recurso de casación **cuando se estime producida la infracción de un precepto constitucional**, Se aconseja utilizar este cauce cuando el motivo sea subsumible en alguno de los supuestos de arts. 849 a 851 LECrim.

## V. PROCEDIMIENTO.

### 1. PREPARACIÓN.

1. Deberá **EFECTUARSE MEDIANTE ESCRITO**, autorizado por el Abogado y Procurador **ante el Tribunal que haya dictado la resolución a impugnar**, en el plazo de **5 días** desde la última notificación (art. 856 LECrim).
   - El recurrente **pedirá t**estimonio de la resolución a impugnar y debe **especificar** la clase de recurso que utilizará. (infracción de ley, quebrantamiento de forma o ambas a la vez).

   - El art. 855 LECrim contiene **dos requisitos** concretos cuando el recurso aparezca fundamentado en determinados motivos de casación.
     - Cuando se fundamente en **el error de hecho en la apreciación de la prueba** (2º del art 849 LECrim), será necesario aportar prueba del error cometido.
     - Cuando se fundamente en el **quebrantamiento de la forma**, será necesario designar la falta o faltas cometidas y la reclamación practicada para subsanarla y su fecha, siempre que no se trate de faltas cometidas en la sentencia, que se conocerán al dictarse esta y, por tanto, sin posibilidad de subsanación.

   - Por ultimo, el recurrente habrá de consignar **la promesa de constituir el depósito**, de cuantía variable (art 875 LECrim) Su incumplimiento es susceptible de subsanación. Pero la pérdida del recurso conlleva la del depósito para recurrir.
2. Si la **resolución impugnada ES RECURRIBLE EN CASACIÓN** y el escrito de preparación cumple con los requisitos, **el órgano «*a quo*»,** en los tres días siguientes, se **da por preparado el recurso**. En caso contrario, lo denegará por auto motivado, y se dará copia certificada en el acto de la

notificación a la parte recurrente para que pueda interponer recurso de queja regulado en los arts. 862 y ss. LECrim.

Cuando el Tribunal tenga preparado el recurso mandará que el LAJ expida testimonio de la sentencia o del auto recurrido, para que se presenten las partes en un plazo improrrogable de 15 días.

Si el recurso ha sido preparado **por quebrantamiento de forma** se remitirá la causa en donde se haya cometido la falta denunciada. Si lo ha sido **por infracción de Ley se remitirá** el documento citado en el escrito de preparación del recurso.

## 2. INTERPOSICIÓN.

La interposición del recurso debe efectuarse **mediante escrito ante Sala 2a del TS** dentro del término concedido a las partes para que comparezcan ante dicho órgano judicial. Transcurrido el plazo sin interponerlo, **el recurso se declara desierto** y se tendrá por consentida y firme la resolución impugnada (art. 873 LECrim). Dicho escrito está sometido a las formalidades que se establecen en el art. 874 LECrim. La parte recurrente podrá solicitar la celebración de vista.

## 3. SUSTANCIACIÓN.

### A) Designación del Magistrado Ponente.

El LAJ designará al Magistrado que por turno le corresponda y formará nota autorizada del recurso en el plazo de 10 días. Dicha nota contendrá copia de la parte dispositiva de la resolución recurrida, de su fundamentación fáctica y del extracto de los motivos de casación en que se fundamenta el escrito de interposición.

### B) Instrucción, impugnación y adhesión al recurso.

El LAJ dará traslado al MF y a las demás partes del escrito, para que en **10 días impugnen o adhieran** (art. 882 LECrim) Una vez **recibido el traslado** previsto en dicho precepto, el Fiscal y las demás partes no recurrentes **pueden impugnar**

- la admisión del recurso
- la adhesión al mismo mediante la presentación por escrito de cuantas alegaciones estime oportunas, acompañando tantas copias del mismo cuantas sean las demás partes, a quienes el LAJ hará entrega para que se manifiesten en el plazo de tres días.

### C) Admisión.

Una vez instruidas las partes y formada la nota correspondiente, se pasan las actuaciones al Magistrado Ponente para instrucción por 10 días, debiendo decidir la admisión o no del recurso.

El recurso será inadmitido (art. 884 LECrim) mediante resolución judicial (Auto), en los siguientes supuestos:

1. se interponga por causas distintas de las expresadas en los arts. 849 a 850 LECrim.
2. se interponga contra resoluciones no susceptibles de ser recurridas en casación.

3. no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquellos, salvo cuando el Juzgador incurra en un evidente error de hecho.
4. no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición.
5. en los supuestos de quebrantamiento de forma ex art. 850 LECrim, si no se hubiese reclamado la subsanación de la falta o efectuado la oportuna protesta.
6. en los casos de infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba, cuando el documento no conste en la causa o no se hayan designados los particulares del documento que se opongan a la resolución recurrida.

### D) Decisión.

La Sala señalará

- día para la deliberación y el fallo, para los supuestos donde se haya acordado la no celebración de la vista,
- procederá por el LAJ a señalar día para la celebración de vista, que tendrá lugar en audiencia pública con asistencia del MF y de los defensores de las partes (art. 894 LECrim).

La vista comenzará con la dación de cuenta del LAJ informando en primer lugar, el Abogado del recurrente, después, el de la parte que se haya adherido al recurso y, por último, el de la parte recurrida que lo impugnare.
El presidente, por iniciativa propia o a requerimiento de cualquier Magistrado, podrá solicitar de las partes aclaraciones sobre cualquiera de las cuestiones debatidas, debiendo respetarse los hechos declarados probados, salvo que el recurso se hubiese articulado por la vía del error de hecho, a cuyo efecto el presidente llamará al orden a quien intente discutirlos, pudiendo llegar a retirarle la palabra.
Una vez finalizada la audiencia pública, la Sala resolverá el recurso dentro de los diez días. La Sala puede reclamar los autos del Tribunal, suspendiendo el plazo para dictar sentencia.
Cuando el recurso aparezca fundamentado en varios motivos acumulados, la Sala procederá a examinar

- motivo por quebrantamiento de forma
  - si estos son desestimados, los motivos innovados para denunciar la infracción de Ley o precepto constitucional.
  - Si fueran estimados, ordenará que se remita de nuevo la causa al Tribunal de que proceda para que reponga las actuaciones al momento y estado en que se cometió la infracción.
- por infracción de Ley (o precepto constitucional),
  - Si son estimados, dictará de forma separada, la «segunda sentencia» sin más limitación que la derivada de la prohibición de la «*reformatio in peius*».

En Ambos supuestos **declarará haber lugar al recurso** y **anulará la resolución impugnada,** ordenando devolver el depósito constituido y declarando las costas de oficio.
Si la Sentencia **desestima** la totalidad de los motivos invocados, declarará no haber lugar al recurso, **condenando** al recurrente al pago de las costas y la pérdida del depósito constituido
La Sentencia dictada en casación **NO** es susceptible de recurso alguno, excepto acudir en amparo ante el TC.

# Lección 29 LOS MEDIOS DE RESCISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

## I. LA REVISIÓN.

### 1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES

La revisión puede entenderse como una acción de impugnación autónoma, de naturaleza excepcional, que resulta **admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados** en que se ponga de evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena, cuya finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre dicha resolución judicial, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal.

**Notas esenciales:**

1. no estamos ante el ejercicio de medio de impugnación alguno, sino más bien ante un proceso nuevo e independiente en el cual se ejercita una ***acción de impugnación autónoma*** con el fin de lograr la anulación de una sentencia firme que, no es susceptible de recurso alguno.
2. posee un marcado ***carácter excepcional***, por cuanto, de prosperar, supone un quebranto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del Derecho. Sólo puede ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadamente injustas en las que se evidencie, a favor del reo, la inocencia respecto del hecho que sirvió de fundamento a la Sentencia condenatoria.
3. la revisión penal tan sólo resulta procedente frente a las resoluciones judiciales que reúnan los siguientes requisitos:
    a. que se trate de una ***Sentencia***;
    b. que sea ***firme*** y, por tanto, no susceptible de recurso alguno, y
    c. de contenido ***condenatorio***.
4. su finalidad está encaminada a que, sobre la Sentencia firme, prevalezca la auténtica verdad y, con ella, la justicia material sobre la formal, al mismo tiempo que su existencia se justifica como mecanismo que refuerza la consolidación y preservación de derechos y principios como los de defensa, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

### 2. LEGITIMACIÓN

El **art. 955 LECrim** dispone que «*están **legitimados para promover e interponer**, en su caso, el recurso de revisión, **el penado** y, cuando éste haya fallecido, **su cónyuge**, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable*».

Asimismo, se mantiene la posibilidad de que el **Ministerio de Justicia**, previa formación del expediente, pueda **ordenar a la Fiscalía** del Tribunal Supremo que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiera fundamento bastante para ello (**art. 956**).

Por último, también se confiere legitimación al **fiscal general del Estado** para interponer, de oficio, **el recurso de revisión**, siempre que tenga conocimiento de algún caso, en que proceda y que, a su juicio, haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que haya practicado (**art. 961**).

## 3. COMPETENCIA

La competencia para conocer de la revisión en materia penal viene atribuida a la Sala Segunda del TS.

## 4. MOTIVOS DE REVISIÓN

El «***recurso de revisión***» constituye un nuevo **proceso para rescindir Sentencias firmes** que, en la misma medida en que ataca la cosa juzgada, representa un **«*recurso*» excepcional** admisible únicamente en aquellos supuestos expresamente previstos en el **art. 954 LECrim**.

La aplicación de este motivo requiere la observancia de los siguientes **PRESUPUESTOS:**

1. que haya una **Sentencia penal firme de carácter condenatorio**, salvedad hecha de que el proceso penal haya sido archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo;
2. que haya existido **otro pronunciamiento también firme en causa criminal** que ponga de manifiesto la existencia de una falsedad documental que haya servido para condenar al reo;
3. que, **entre este hecho punible posterior y aquella condena anterior**, y que se pretende anular mediante la revisión, **exista una relación** tal que pueda afirmarse que dicho hecho punible posterior ha sido valorado como prueba relevante para la condena.

Contempla este motivo de revisión, la existencia de una **sentencia penal posterior** en la que se haya condenado a un Juez o Magistrado por un delito de prevaricación doloso o culposo de los previstos en los **arts. 446 o 447 CP**, por haber dictado una resolución injusta en el proceso en el que haya recaído la sentencia cuya revisión se solicita.

- Por «**proceso**» aquí cabe entender cualquiera **de las dos instancias**, tanto si el condenado lo fuera por un Juez de lo Penal prevaricador, cuya sentencia haya sido confirmada por la Audiencia, como si dicho prevaricador fuere alguno de los Magistrados del Tribunal de apelación o de casación que haya dictado o confirmado la sentencia condenatoria.
- No basta sentencia condenatoria por prevaricación, sino que además **será necesario demostrar un juicio de relevancia** entre la prevaricación y la sentencia de condena.
- Este motivo intenta remediar la violación del principio constitucional del «*non bis in idem*». Dicha infracción tan sólo será procedente cuando concurra entre dos sentencias penales firmes y no cuando el encausado haya recibido una sanción administrativa y otra penal sobre el mismo hecho, en cuyo caso el tribunal de lo penal habrá debido de compensar las sanciones, ya que, en otro caso, se habrá vulnerado el **art. 25 CE** y será procedente el recurso de amparo.

La identidad ha de ser, ***tanto objetiva*** (identidad del hecho), ***como subjetiva*** (*identidad del acusado*), elementos materiales que integran el objeto del proceso penal. En ocasiones, un mismo hecho histórico es susceptible de diversas calificaciones. Habrá que estar a la naturaleza del bien jurídico en los concursos ideales: si fueran homogéneos habrá de prosperar el motivo de revisión, pero si fueran heterogéneos no será procedente.

**La efectividad de este cuarto motivo de revisión** radica en la concurrencia de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba desconocidos en el proceso «*a quo*» que evidencien la inocencia del

condenado y que, de haberse podido aportar, hubiera sucedido un fallo absolutorio. Las nuevas pruebas anulen y eliminen el efecto incriminador de las anteriores, poniendo de relieve un error claro y manifiesto ocasionado por el desconocimiento de estos nuevos datos que hubieran cambiado el signo de las valoraciones y conclusiones obtenidas por el Tribunal sentenciador.

Prevé el precepto el supuesto de que el tribunal penal haya conocido incidentalmente de una cuestión prejudicial devolutiva que debió haber sido deferido su conocimiento a la jurisdicción competente (administrativa, civil o social), la que posteriormente estima en sentido inverso dicha cuestión prejudicial, contradiciendo la valoración del tribunal penal, de tal suerte que dicho tribunal debía haber pronunciado una sentencia absolutoria.

En íntima relación con el supuesto anterior se contempla el supuesto de haberse dictado, en el procedimiento de decomiso autónomo, un fallo civil condenatorio, y ello fundado en unos hechos que posteriormente el tribunal penal no declara probados.

En el presente caso, es la jurisdicción penal, a través de un proceso penal, la que goza de preferencia, no otorga efectos perjudiciales en el proceso penal a la sentencia civil del proceso de decomiso autónomo.

Para ello, habrá el demandante en revisión justificar la concurrencia de estos **dos requisitos:**

A) que la violación del derecho fundamental «…*entrañe efectos que persistan*», pues, si se ha condenado al Reino de España por haber cometido una tortura o trato inhumano o por haber infringido el derecho a la libertad del **art. 5 CEDH** y el preso hubiera ya cumplido su condena, no será viable este motivo de revisión, sin perjuicio de que el recurrente ejercite una pretensión resarcitoria por error judicial o funcionamiento anormal de la justicia,

B) que dichos efectos «…*no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión*», pues el recurrente podría acudir a dichos procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado, efectuar una solicitud de indulto o acudir a la vía de los «*acuerdos amistosos*» del **art. 39 CEDH**, en cuyo caso tampoco será procedente el recurso de revisión.

Finalmente, el párrafo segundo del **art. 954.3** tan sólo confiere legitimación activa, a «…*quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*». Se cierran las puertas a una extensión de los efectos de la Sentencia del TEDH a los litisconsortes inactivos, pudiendo vulnerar la regla procesal civil donde «*los litisconsortes activos o diligentes en el proceso benefician a los inactivos*» con la agravante de que, en el proceso penal puede conculcarse el derecho fundamental a la libertad de quienes no acudieron al TEDH y, en cualquier caso, del valor justicia.

Si el TS rechazara, a los litisconsortes inactivos, su recurso de revisión, bien podrían recurrir el auto inadmisoria en amparo ante el TC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al principio de igualdad y, en su caso, el de libertad.

## 5. PROCEDIMIENTO.

El proceso de revisión se estructura en torno a las siguientes fases esenciales: promoción, interposición, sustanciación o juicio rescindente, decisión y, en su caso, juicio rescisorio.

### A) **Promoción.**

La primera fase consiste en su promoción, por parte de los demás sujetos legitimados, mediante **escrito motivado,** autorizado por Abogado y Procurador, **dirigido** a la Sala de lo Penal del TS, en el que han de **solicitar autorización para su interposición**, **SALVO** los supuestos en que el proceso de revisión se inicie con la interposición del mismo por el MF, bien de oficio, bien a instancia del Ministerio de Justicia.

Promovida la revisión**, la Sala**, previa audiencia del Ministerio Fiscal, y tras practicar las diligencias que estime pertinentes, **autorizará o denegará** su interposición **mediante Auto,** contra el que no cabe la interposición de recurso alguno. Con carácter previo a dictar la pertinente resolución, el TS podrá ordenar la práctica de las diligencias que estime pertinentes, a cuyo efecto podrá solicitar la cooperación judicial necesaria.

Dicha fase de promoción **tiene por objeto** encontrar un punto de **equilibrio** entre, de un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva, a la que tiene derecho el penado y, de otro, la seguridad jurídica, impidiendo que se planteen alegaciones infundadas o que incidan en hechos o elementos de prueba que ya han sido considerados y valorados por el Tribunal sentenciador.

### B) **Interposición.**

Autorizada la formalización del «recurso», las partes que **lo** hayan promovido habrán de proceder **a su interposición ante el TS** mediante un escrito motivado que habrán de efectuar dentro de los quince días siguientes a la autorización de la Sala (**art. 957**).

### C) **Sustanciación o juicio rescindente.**

Una vez formalizada la revisión, comienza la fase de sustanciación o juicio rescindente («*iudicium rescindens*»), tendente a a**creditar la concurrencia del motivo o motivos admitidos como fundamento de la revisión** y, en consecuencia, si procede o no la rescisión de la sentencia firme de condena objeto de revisión. Dicha fase, que transcurre ante la Sala 2ª, se sustanciará oyendo al MF y a los penados, que deberán ser citados, si antes no comparecieren. Después seguirá el recurso los trámites establecidos para el recurso de casación por infracción de Ley, y la Sala, previa celebración de vista oral o sin ella, procederá a dictar Sentencia, que será irrevocable (**art. 959**).

### D) **Juicio rescisorio y efectos de la sentencia estimatoria.**

**Sólo** en el supuesto de que la **sentencia firme impugnada sea rescindida**, se abre un **nuevo proceso** o juicio rescisorio («*iudicium rescissorium*»), en relación con el cual el **art. 958** establece las **siguientes reglas** en función del motivo que se hubiera estimado:

- ❖ En el caso del núm. 1º del art. 954, la Sala declarará la contradicción entre las Sentencias, anulando una y otra, y mandará instruir de nuevo la causa al Tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito.

- ❖ En el caso del núm. 2º, la Sala, comprobada la identidad de la persona cuya muerte hubiese sido penada, anulará la sentencia firme.

- ❖ En el caso del núm. 3º, dictará la Sala la misma resolución, con vista de la ejecutoria que

declare la falsedad del documento, y mandará al Tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito instruir de nuevo la causa.

❖ En el caso del núm. 4º, la Sala instruirá una información suplementaria, de la que dará vista al Fiscal, y si en ella resultare evidenciada la inocencia del condenado, se anulará la Sentencia y mandará, en su caso, al Tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito instruir de nuevo la causa.

Por último, **la sentencia estimatoria**, junto al efecto directo consistente en la anulación de la sentencia firme de condena, **produce** también los siguientes efectos materiales:

- por una parte, la compensación de penas privativas de libertad en el supuesto de que, una vez tramitado el juicio rescisorio, se dicte nueva sentencia de condena
- por otra, si en el juicio rescisorio se dicta sentencia absolutoria, o bien cuando este nuevo proceso no sea necesario porque la sentencia absolutoria se dictase directamente por el TS, los que hubiesen sido condenados y sus herederos tendrán derecho a percibir del Estado una indemnización de daños y perjuicios.

## II. LA ANULACIÓN.

### 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA.

Previsto en el **art. 793 LECrim**, el denominado «*recurso de anulación*» puede ser definido como una **acción de impugnación específica**, a través de cuyo ejercicio **se interpone una pretensión** constitutiva **de anulación de una Sentencia condenatoria firme** fundado en el incumplimiento de los requisitos legales que hacen posible la celebración del juicio oral en ausencia del acusado.

**El fundamento** de esta acción impugnativa autónoma reside en el *derecho fundamental a* ***obtener la tutela judicial efectiva*** que comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que, en todo proceso judicial, y muy especialmente en el penal, debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses, «*sin que pueda justificarse la resolución inaudita parte más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a la parte que pretende hacer valer dicho derecho fundamental*».

**En cuanto a su naturaleza jurídica**, cabe destacar que no nos encontramos ante un verdadero recurso a través del cual poder obtener la revisión de una resolución judicial impugnable, prejudicial y que no haya adquirido firmeza, sino ante **una *acción de impugnación autónoma*, que tan sólo resulta procedente frente a Sentencias de condena que ya hayan alcanzado firmeza** y que, por tanto, producen la totalidad de los **efectos de la cosa juzgada material**.

- Dicha impugnación está exclusivamente encaminada a **demostrar que la decisión judicial,** que ordenó la celebración del juicio oral en ausencia del acusado, **no se ajustaba al ordenamiento jurídic**o, solicitando, en consecuencia, la anulación de la sentencia condenatoria y del juicio indebidamente celebrado, así como la devolución de la causa al órgano «*a quo*» para que, reponiendo la causa al estado que tenía cuando se cometió la falta, la substancie y finalice con arreglo al Derecho.

- *La impugnación* ***tan sólo es procedente en supuestos de condena en contumacia***, ya que, si el imputado no ha sido citado personalmente, no resulta procedente la condena en su ausencia, sino que lo procedente ha de ser la suspensión del procedimiento.

## 2. RESOLUCIONES RECURRIBLES Y COMPETENCIA FUNCIONAL

Como regla general, **sólo cabe impugnar en anulación las Sentencias firmes de condena dictadas en ausencia por el Juez de lo Penal,** por cuanto, de un lado, las dictadas por las Audiencias Provinciales no son susceptibles de recurso de apelación y, de otro, son precisamente los Jueces de lo Penal quienes, por su propia competencia objetiva, estarán abocados a celebrar los juicios en ausencia. En estos casos, la competencia funcional para conocer del recurso de anulación corresponde a la AP, si la sentencia impugnada hubiera sido dictada por el Juez de lo Penal, o a la AN, si lo fuera por el Juzgado Central de lo Penal.

**No** pueden descartarse, como resoluciones impugnables en anulación, las Sentencias condenatorias procedentes de las Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional. En estos supuestos, ciertamente excepcionales, corresponde a la Sala 2ª del TS la competencia funcional para el conocimiento del recurso de anulación.

## 3. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

Aunque el tenor literal del **art. 793.2 LECrim**, atribuye al denominado recurso de anulación «*iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación*», no puede sostenerse que ambos medios de impugnación participen de la misma naturaleza y que pueden ser alegados en uno y otro los mismos motivos de impugnación.

Mientras **el recurso de apelación** es el «*recurso ordinario por excelencia*», que otorga plenas facultades al Tribunal «*ad quem*» para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, sin que exista ningún tipo de restricciones a su fundamentación, **el de anulación**, se erige en una acción de impugnación específica y fundada exclusivamente en el hecho de que no se cumplieron los requisitos legales para la celebración del juicio en ausencia.

En consecuencia, la **pretensión constitutiva de anulación** tan sólo puede estar **motivada** en la ausencia de los siguientes **requisitos:**

1. que el acusado hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona designada por el imputado en la primera comparecencia ante el Juez, siempre que se hubiera advertido de la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia;
2. que el juicio oral en ausencia se haya celebrado, previa petición en tal sentido de alguna de alguna de las partes acusadoras y previa audiencia de la defensa del reo ausente;
3. que la pena solicitada *no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, de seis años*;
4. que el Juez o Tribunal estimen que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento en ausencia del acusado, y
5. que el acusado dejare de comparecer al juicio oral sin motivo legítimo.

## 4. PROCEDIMIENTO.

### A) Interposición.

La interposición del «recurso de anulación» habrá de **efectuarse mediante escrito**, debidamente autorizado con firma de Abogado y Procurador, **presentado ante el órgano a quo** por el condenado, único legitimado a tal efecto, **dentro de los diez días** siguientes a contar desde la notificación personal de la Sentencia, la cual habrá de efectuarse «*en cualquier momento en que comparezca o sea habido el que hubiere sido condenado en ausencia*» (**art. 793**).

En dicho escrito de interposición, **la parte impugnante ha de formular los motivos** de su impugnación, que únicamente podrán de consistir en la infracción de las normas y garantías procesales determinantes de indefensión,

- por haberse celebrado el juicio oral en la primera instancia en su ausencia, pese a no concurrir alguno de los presupuestos que legalmente lo hacen posible,
- así como solicitar la práctica de diligencias de prueba, las cuales habrán de estar referidas específicamente a la concurrencia o no de dichos requisitos.

### B) Admisión y escrito de alegaciones de las demás partes.

Una vez presentado el escrito de formalización del recurso, y **decretada su admisión a trámite**, previa comprobación de la concurrencia de los requisitos y presupuestos que ha de reunir el escrito de interposición, el **Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes** para que, dentro del *plazo común de diez días*, puedan presentar los «*escritos de alegaciones*» que estimen oportunos, y transcurrido el mismo el Letrado de la Administración de Justicia elevará en los *dos días siguientes* a la AP los autos originales con todos los escritos presentados.

### C) Sustanciación (juicio rescindente).

Una vez **recibidas las actuaciones**, el Tribunal «*ad quem*» las examinará y procederá a **dictar Sentencia en el plazo previsto** para el recurso de apelación, es decir, *cinco días, si medió vista, y diez, si ésta no tuvo lugar*.

El objeto del juicio se limitará a controlar si el Tribunal sentenciador ha respetado escrupulosamente los requisitos legales que exige el juicio en ausencia.

- La **estimación del «*recurso de anulación*»** origina la **anulación de la Sentencia condenatoria impugnada,** ordenando al Tribunal «*ad quem*» que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba al momento de comenzar las sesiones del juicio oral indebidamente celebrado en contumacia para que se proceda a la celebración de un nuevo juicio oral, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico, no obstante, la falta cometida.
- Por el contrario, **si el «*recurso de anulación*» fuera desestimado,** tal pronunciamiento no produce efecto jurídico alguno, por cuanto **la Sentencia dictada en ausencia del acusado,** que ya **era firme y ejecutable, seguirá siéndolo**, y sólo restará llevarla a cabo a los efectos del cumplimiento de la pena aún no prescrita.

# Lección 30 LOS PROCESOS ESPECIALES (I). EL PROCESO PENAL DE MENORES

## I. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El proceso penal de menores se encuentra regulado en la LO 5/2000, de 12 de enero, sobre la responsabilidad penal de menores (LORPM). Es un **proceso ordinario para determinar la responsabilidad penal de los menores,** entendiéndose por tales, los **menores de dieciocho años y mayores de catorce años** (art. 1.1 LORPM).

En ningún caso pueden ser destinatarios de esta Ley los menores de catorce años, que hayan cometido un hecho punible, debiendo, en tal caso, el MF remitir testimonio de particulares a la entidad pública de protección competente a fin de que aplique las medidas tuitivas o de protección (art. 3 LORPM).

## II. LAS FUNCIONES DEL JUEZ DE MENORES, DEL MF Y DE LOS EQUIPOS TÉCNICOS.

La característica más importante reside en **su FINALIDAD**, la cual es la de basarse en un **proceso concebido para obtener la rehabilitación del menor y solucionar el conflicto existente entre el agresor y la víctima.**

Para el logro de estos objetivos (obtención de la reinserción del imputado y la protección de la víctima), la LORPM

- Redefine las **funciones del Juez de Menores** y del personal colaborador del Ministerio Público, convierte al Ministerio Público en el "director de la instrucción"
- Consagra **el principio de oportunidad en la persecución** penal, el MF puede desistir de la incoación del expediente, obtener el sobreseimiento de un proceso o la sustitución de una pena privativa de libertad por otra limitativa de derechos.

### 1. EL JUEZ DE MENORES.

En la LORPM, el **Juez de Menores o el Juez Central de Menores** para el conocimiento de los delitos de terrorismo y de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando corresponda a la jurisdicción española (art. 2.4 LORPM), ya **no efectúan la instrucción**, cual acontece en el proceso penal de adultos, pues **dicha función investigadora pasa a desempeñarla el MF** (arts. 6, 16 y 23 LORPM).

Al Juez le siguen correspondiendo las funciones de **adoptar las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales**, en particular, la adopción de la medida cautelar de internamiento (art. 28 LORPM), la decisión sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 33 LORPM), y, por supuesto, el conocimiento del juicio oral y la emisión de la sentencia (art. 37 y ss. LORPM).

Mediante esta reforma, el Juez de Menores pasa a **desempeñar única y exclusivamente la función de dictar actos jurisdiccionales**, en tanto que al MF le corresponde la realización de actos policiales o de investigación.

## 2. EL MINISTERIO FISCAL.

También llamado "**director de la Instrucción"**, le compete **practicar la totalidad de los actos instructorios dirigidos a investigar el hecho punible** y la participación en él del menor, es decir, le corresponde la función de preparar el juicio oral o proponer al Juez el sobreseimiento.

En él existen **dos roles concurrentes**, pero sucesivos: la de **erigirse en instructor** del expediente de reforma y la de **seguir asumiendo** la función de **parte acusadora** en el juicio oral.

Ello exige que su actuación se rija, en cada una de las fases, por distintos principios:

- El **exclusivo de "imparcialidad" en la fase instructora**, conforme al cual ha de consignar no sólo las circunstancias adversas, sino también las favorables para el imputado (art. 2 LECrim).
- El **principio "*pro societate***", o de defensa de la sociedad (o de los bienes e intereses protegidos) que ha de presidir su actividad como parte acusadora en el juicio oral.

La LORPM permite además concretar otro rol dirigido a **la asunción de los fines procesales** penales de reinserción del imputado y de protección de la víctima, cuál es su **función de "mediador",** consistente en contribuir a la obtención de la rápida solución, tanto del conflicto social existente entre el Estado y el imputado, cuanto el enfrentamiento entre el ofensor y la víctima.

Para ello, el MF ha de estar interesado desde el inicio de la instrucción en conocer la personalidad del menor y los daños que ha ocasionado en la esfera patrimonial y moral del perjudicado, todo ello en orden de proponer al Juez la medida que mejor se adecue al cumplimiento de los fines del proceso, así como posibilitar una conciliación entre el imputado y el perjudicado.

Todos estos procesos **los realiza el MF** mediante la puesta en práctica **del principio de oportunidad**, que, fundado en la protección de "los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley", le otorga el art. 124 CE,

1. le **autoriza a disponer**, desde el archivo de las actuaciones (art. 18 LORPM),
2. a **solicitar** una petición de **sobreseimiento** (art. 19.5 LORPM),
3. **ejercitar la conformidad** (arts. 32 y 36.2 LORPM)
4. a proponer la **suspensión** del fallo (art. 40 LORPM),
5. instar la **sustitución de la ejecución de medidas por otras** más adecuadas para la reinserción del menor (arts. 51 y 14 LORPM).

## 3. LOS EQUIPOS TÉCNICOS.

Son grupos de **peritos, especialistas en psicología, pedagogía o sociología** y dependientes del MF (art. 27 LORPM), a quien le han de **prestar asesoramiento sobre la personalidad del menor** en punto a proponerle las medidas más adecuadas para la obtención de su reinserción (art. 7.3 LORPM). Durante la instrucción del expediente, **el MF** requerirá del equipo técnico la **elaboración de un informe** expresivo de las circunstancias psicológicas, familiares y educativas del menor, entorno social en el que vive y sobre cualquier otra circunstancia relevante.

- Dicho informe puede ser inicial o complementario, según sea o no la primera vez que se incoa expediente al menor
- Si ya existe un informe previo, podrá ser suficiente con la simple autorización de sus datos y reseñarse las posibles novedades que se hayan producido en la evolución del menor.

La intervención del equipo técnico no se limita al ejercicio de una función asesora sobre las medidas a adoptar, por cuanto la Ley también les otorga la iniciativa a efectos de lograr la conciliación del menor con la víctima (art. 27.3 LORPM) y sus propuestas pueden llegar a condicionar de forma decisiva la existencia del expediente (art. 27.4 LORPM).

## III. LA INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

El proceso penal de menores consta de **tres fases** diferenciadas, la instrucción ("expediente"), la fase intermedia ("fase de alegaciones") y la de juicio oral ("audiencia").

### 1. LAS «DILIGENCIAS PRELIMINARES».

Partiendo del art. 16.2 LORPM, que, ante la presentación de una denuncia, **faculta a la Fiscalía a iniciar el expediente o archivarlo por falta de tipicidad del hecho** o inexistencia del autor; la CFGE 1/2000, ha ideado la **fase de "diligencias preliminares"** que puede infringir el principio de legalidad procesal.

Esta fase de diligencias preliminares **se inicia** mediante denuncia y **finaliza** con un Decreto de archivo o con un Decreto de incoación del expediente de reforma y tiene **como única finalidad** comprobar la tipicidad del hecho y la posibilidad de terminar un autor conocido.

### 2. DECRETO DE ARCHIVO POR DESISTIMIENTO.

Se encuentra contemplado en el art. 18 LORPM y **constituye**, junto con el archivo por falta de tipicidad o de autor conocido del art. 16.2 LORPM, los dos **únicos casos de sobreseimiento directo** efectuado por el **propio MF**. Las demás resoluciones de sobreseimiento las habrá de dictar el **Juez de Menores.**

Los presupuestos de este desistimiento de la pretensión penal pueden ser resumidos en:

a) **Objetivos**: la imputación de un delito "menos grave", (art. 33 CP) pena privativa inferior a tres años, sin violencia o intimidación en las personas (art. 18.I LORPM) o de un delito leve.
b) **Subjetivos**: inexistencia de reincidencia con respecto a hechos de la misma naturaleza (art. 18.II LORPM).

Cumplidos tales presupuestos, **el MF podrá dictar dicha resolución de archivo** que, por incidir en el derecho a la tutela, debe estar especialmente motivada, así como ser notificada a los perjudicados conocidos. También se prevé la notificación del archivo a la entidad pública de protección de menores para que, en su caso, ejercite su actividad preventiva por desamparo (art. 18.I LORPM).

### 3. EL EXPEDIENTE DE REFORMA.

Si **la denuncia cumple con los presupuestos** de tipicidad del hecho y existencia de autor conocido y no procede su desistimiento, el **MF dictará "decreto de incoación del expediente"**, dando cuenta de esta iniciación,

- de un lado, al Juez de Menores, quien abrirá las diligencias de trámite y la pieza de responsabilidad civil (art. 16.3 y 4 LORPM),

- de otro, a las partes, es decir, tanto al menor imputado (art. 22.1 y 2 LORPM), cuanto al perjudicado (art. 22.3 LORPM), a quienes se les deberá dar vista del expediente en un plazo no superior a veinticuatro horas (art. 23.3 LORPM).

Una vez **pronunciado el Decreto de incoación**, comienza la **fase instructora por el MF**, quien incoará un expediente por cada hecho, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos (art. 20 LORPM). En él practicará todos los actos de investigación que no limiten los derechos fundamentales.

La práctica de tales diligencias está sometida al contradictorio, por cuanto tanto la defensa como quien haya ejercitado la acción penal tienen derecho a conocerlas (art. 23.2 LORPM), salvo declaración judicial de secreto (art. 24 LORPM), a proponerlas y a participar en ellas. La adopción de actos que limiten derechos fundamentales y la adoptación de las medidas cautelares corresponde exclusivamente al Juez de Menores.

En esta fase tiene **gran relevancia el informe preceptivo del equipo técnico** sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, en orden a proponer las medidas de reinserción, conveniencia de una conciliación con la víctima o sobreseimiento por motivos de oportunidad (art. 27 LORPM).

El **perjudicado puede personarse en este procedimiento** y puede ejercitar la **acusación particular**, instar la imposición de medidas, tener vista de lo actuado, proponer la práctica de actos de investigación, participar en su práctica, etc.

El **expediente reformador puede finalizar** mediante alguna de las siguientes resoluciones:

a) Auto de sobreseimiento por conciliación.
b) Auto de sobreseimiento de LECrim.
c) Decreto de conclusión del expediente.

### A) **Auto de sobreseimiento por conciliación o reparación.**

Previsto en el art. 19 LORPM y consta de los **siguientes presupuestos**:

a) **Objetivos**: que el hecho punible atribuido sea menos grave o constitutivo de un delito leve, cometido sin violencia ni intimidación graves, ni haya producido alteración del orden público o revele peligrosidad del autor.
b) **Subjetivos**: voluntad de reinserción del autor, manifestada en la reparación de la víctima con la solicitud de su perdón o en el voluntario cumplimiento futuro de las medidas rehabilitadoras, todo unido a la aceptación del perdón por el perjudicado.
c) **Formales**: mediación del equipo técnico, que informará al MF, quien solicitará del Juez el sobreseimiento.

Se prevé la posibilidad de que el **sobreseimiento pueda abarcar la responsabilidad civil**, lo que dependerá de la actividad transaccional de las partes, además de que sea tenida en cuenta la vía reparadora para efectuar el cálculo de las cuantías indemnizatorias.

**Sin el cumplimiento** de todos estos presupuestos, también **puede adoptarse un sobreseimiento por razones de oportunidad** si el equipo técnico estimara en su informe "*la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención*" (art. 27.4 LORPM).

### B) Decreto de conclusión del expediente de reforma.

Una vez **practicados los actos instructorios**, de entre los que resultan importantes el interrogatorio del menor (art. 26.2 LORPM) y el informe del equipo técnico, y si no fuera procedente el sobreseimiento, **el MF dictará** "Decreto de conclusión", con formulación de su escrito de acusación o de "alegaciones"; asimismo **notificará a las partes personadas**, así como remitirá el expediente al Juez de Menores, dando comienzo la fase intermedia o fase de "alegaciones".

## IV. LA FASE DE «ALEGACIONES».

Tiene como presupuesto el Decreto de conclusión del expediente y como objeto decidir el Juez acerca del sobreseimiento, la conformidad o la apertura de la audiencia o juicio oral.

### 1. EL SOBRESEIMIENTO DE LA LECRIM

**El MF podrá solicitar** del Juez el **sobreseimiento** "por alguno de los motivos previstos en la LECrim" (art. 30.4 LORPM). También puede **el Juez**, de oficio, y pese al escrito de acusación del MF y del acusador particular, **dictar un auto** de sobreseimiento (art. 33.b) LORPM).

A diferencia de los sobreseimientos por razones de oportunidad, aquí la LORPM sólo autoriza el sobreseimiento por los motivos tasados previstos en la LECrim (arts. 637 y 641 LECrim), los cuales tienen como común denominador el de responder al principio de legalidad.

### 2. LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD.

Se contemplan **dos tipos** de conformidad, que, aunque conexas, son independientes

#### A) La conformidad limitada.

Dispone el art. 32 LORPM que, **cuando la sanción solicitada** por el MF o por el acusador particular en sus escritos de alegaciones **no conllevará restricción de libertad** o en privación de derechos fundamentales, y si hubiere conformidad del menor y de su Letrado, así como de los responsables civiles, **el Juez dictará sentencia sin más** trámite imponiendo la medida solicitada.

En este estadio procesal, no permite la Ley una conformidad a medidas de internamiento. Se trata de una conformidad "vinculante" para el Juez, quien no podrá dejar de dictar la medida solicitada por el MF o por las partes acusadoras y aceptada por la defensa, ni sustituirla.

#### B) La conformidad ilimitada.

El art. 36 LORPM establece la conformidad plena, de conformidad con la cual **el Juez**, al inicio de las sesiones de la audiencia, **preguntará al menor si se declara autor de los hechos** y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad, oídos el abogado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, **el Juez podrá dictar resolución de conformidad.**

A diferencia de la conformidad del art. 32 LORPM, **esta conformidad ilimitada** podrá ser **reclamada** para **cualquier tipo de sanción**, incluso la de internamiento. En este caso, el Juez podrá recorrer, con independencia del "quantum" de sanción solicitado, la duración de la medida, llegando a la absolución.

### 3. LA APERTURA DE LA «AUDIENCIA»: LAS ALEGACIONES.

Si **no procediera el sobreseimiento**, ni existiera conformidad, **el Juez**, a la vista de las alegaciones del MF y, en su caso, del acusador particular, si se estimara competente, **dispondrá la apertura del juicio oral.**

Al igual que el proceso para adultos, también el de menores **está presidido por el acusatorio**, por ello el presupuesto de **la apertura del juicio oral** ha de ser la presentación por el MF y, en su caso, **del acusador particular** de su escrito de "alegaciones" o de acusación, en el que, al menos, ha de describirse el hecho punible e identificar a su autor, quien, a partir de ese momento, pasa a asumir la cualidad de acusado.

Los elementos de este acto de ejercicio de pretensión penal se contienen en el art. 30.1 LORPM. A dicho escrito incorporará también el MF y la acusación particular, la proposición de prueba (art. 30.2 LORPM).

**A la defensa se le ha de dar traslado del escrito** de alegaciones del MF y del acusador particular **para que lo conteste**, articulando las suyas, que han de comprender los mismos extremos. También **puede solicitar la ejecución**, en calidad de "prueba anticipada" **de aquellas diligencias** que, pedidas en el expediente, **hubiera denegado el MF** y no pudieran practicarse en la audiencia (art. 33.e) LORPM).

**Recibidos los escritos** de alegaciones de la acusación y la defensa y, **SI NO** hubiere **conformidad**, el **Juez dispondrá la admisión de los medios de prueba pertinentes**, efectuará el señalamiento del juicio oral con sus actos preparatorios (citaciones a partes, testigos y peritos) y dispondrá acerca de la publicidad de la audiencia.

## V. EL JUICIO ORAL.

### 1. PUBLICIDAD.

El art. 35.2 LORPM **prohíbe la asistencia de los "media"** (prohibición de la publicidad absoluta y mediata), así como, para **salvaguardar la intimidad del menor** y no dañar su reinserción, faculta al Juez a decretar el **secreto de la audiencia** o incluso el abandono parcial del menor de la misma. Resulta aconsejable la utilización de la videoconferencia.

### 2. INICIO DE LAS SESIONES.

**En el día y hora indicado en el señalamiento, dará comienzo la audiencia**, que principiará mediante la puesta en conocimiento que ha de efectuar el LAJ, de la acusación, preguntándole el Juez, a continuación, acerca de la conformidad ilimitada.

- **Si el menor allanara a la pretensión**, el **Juez dictará la sentencia de conformidad**

- **Si sólo confesara los hechos**, el **juicio continuará** exclusivamente en todo lo referente a la determinación de la medida idónea (art. 36.3 LORPM).

## 3. LA COMPARECENCIA PREVIA.

Finalizado el trámite de la conformidad, el art. 37.1 LORPM dispone la **apertura de la "comparecencia previa"**, similar a la prevista en el proceso penal abreviado.

Tiene **tres finalidades**:

- la vulneración de algún derecho fundamental,
- la práctica de nuevas pruebas
- la posibilidad de aplicar una distinta medida de las que se hubieran solicitado.

Esta enumeración no es exhaustiva, ya que podría extenderse también la audiencia preliminar a otros cometidos, tales como el planteamiento de cuestiones previas o de causas de suspensión de la audiencia.

## 4. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA, INFORMES Y ÚLTIMA PALABRA.

Finalizada la comparecencia previa **y si no fuere procedente la subsanación** de algún derecho presupuesto procesal, **se reanudará la audiencia para la práctica de la prueba** y "*la que, previa declaración de pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto*". La práctica de la prueba se acomodará a las reglas de la LECrim, debiendo tenerse en cuenta que el perjudicado personado podrá interrogar a todos los intervinientes en la prueba (art 35 LORPM). Asimismo, habrá de oírse, como necesaria prueba pericial, el informe del equipo técnico.

**Una vez concluida la práctica de la prueba**, el Juez **concederá la palabra, en este orden**,

- al MF,
- a los acusadores particulares
- a la defensa, a fin de que le informen sobre la "valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas".
- al equipo técnico (si no procediere la absolución), para que informe sobre la procedencia de las medidas.
- Por último, **"el Juez oirá al menor"** (art. 37.2 LORPM), lo que no excluye su interrogatorio "*ab initio*" de la audiencia.

Cumplido dicho trámite, **declarará la causa vista para sentencia**, la cual se publicará en el plazo máximo de cinco días (art. 38 LORPM). La sentencia habrá de observar los requisitos del art. 39.1 LORPM que autoriza a adelantar "*in voce*" el fallo. Además, puede, en ella o mediante auto motivado, disponer la suspensión de la ejecución del fallo en los términos contemplados del art. 40 LORPM.

## VI. LOS RECURSOS.

### 1. LOS DECRETOS DEL MINISTERIO FISCAL.

**Contra ellos** en el curso de la instrucción **NO cabe la interposición de recurso alguno**. Esta regla se mantiene en **todas las resoluciones en las que el MF ostenta el monopolio de la acción penal**, es decir, cuando la LORPM le concede un absoluto poder de archivo, así como la remisión de las actuaciones al Juez de Instrucción o a la entidad protectora.

En tales casos, y a diferencia del proceso penal abreviado, en el que el perjudicado puede ejercitar la acción penal ante el Juez de Instrucción, **el Decreto de archivo goza de todos los efectos de la cosa jugada,** sin perjuicio de que pueda el perjudicado ejercitar la acción civil en el declarativo correspondiente o suscitar la responsabilidad disciplinaria e incluso penal del MF.

En otros supuestos, la LORPM concede un control judicial "a posteriori" de los Decretos del MF. Éste es el caso, por ejemplo, el rechazo de la práctica de diligencias solicitadas por las partes, a quienes se les concede la posibilidad de reproducir su petición en cualquier momento ante el Juez de Menores (art. 26.1).

Las demás solicitudes del MF no pueden ser impugnadas directamente, sino que, al tratarse de actos de postulación, debe la parte gravada esperar a la oportuna resolución judicial y ejercer, contra ella, los recursos.

### 2. LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DE MENORES.

1. **Contra las providencias y los autos de los Jueces de Menores CABE INTERPONER recurso de reforma** y, contra esta resolución, **recurso de apelación** ante la Audiencia Provincial (art. 42.1 LORPM).
2. **Contra los autos que pongan fin al procedimient**o, como los de **sobreseimiento**, los **resolutorios de modificación de medidas**, de **adopción de medidas cautelares** o suspensión de ejecución del fallo, **CABE** también **recurso de apelación** (art. 41.3 LORPM).
3. **Contra los demás autos** es **incomprensible que NO QUEPA** el **recurso de apelación**, habida cuenta que este recurso ordinario es procedente contra la reposición de una providencia. Por ello, contra dichos autos, **ha de admitirse el recurso de súplica.**
4. **Contra las sentencias de los Juzgados de Menores** puede interponerse, en el plazo de cinco días, **recurso de apelación** ante la Audiencia Provincial (art. 41.1 LORPM). Se trata de una **apelación oral y "superestringida**", por cuanto tan sólo cabe proponer aquellas pruebas que, habiendo sido admitidas en la instancia, no hayan podido ser practicadas.
5. **Contra los autos y sentencias dictados por el Juzgado Central de Menores de la AN**, **CABE recurso de apelación** ante la Sala de lo Penal de la AN (art. 41.4 LORPM).
6. **Contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la AN,** cuando se hubiere impuesto alguna de las medidas del art. 10 LORPM, **CABE INTERPONER recurso de casación** "para la unificación de doctrina" ante la Sala de lo Penal del TS, sin que dicha interposición suspenda la firmeza de la sentencia dictada en apelación por la AP. El escrito

se preparará ante la AP o la AN con determinación de la contradicción y de las sentencias de contraste.

Si la AP o Nacional ante quien se haya preparado el recurso estimara acreditados los requisitos, el LAJ requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron, remitiendo la documentación a la Sala 2ª del TS, emplazando al recurrente y al MF, si no lo fuera, ante dicha Sala (art. 42.4 LORPM).

## VII. BREVE REFERENCIA A LA ACCIÓN CIVIL.

### 1. INICIACIÓN.

**El Juez de Menores**, cuanto reciba la parte de incoación del expediente por el MF, **ordenará abrir** de forma simultánea con el proceso principal, una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el LAJ a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma (arts. 16.4 y 64.1 LORPM).

### 2. LEGITIMACIÓN.

#### A) Activa.

El **legitimado originario** para el ejercicio de la acción civil **es el perjudicado**, quien ha de realizarla, mediante la aceptación del ofrecimiento de esta acción por el Juez de Menores, en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada (arts. 61.1 y 64. 1ª LORPM).

**El MF también puede ejercitarla en su condición de "sustituto procesal"** del perjudicado, ya que, si el perjudicado no comparece en la pieza separada, que ha de incoar el Juez, no reserva la acción civil o no la renuncia, habría de ejercitarla obligatoriamente el MF (art. 61.1 LORPM).

#### B) Pasiva.

De conformidad con el art. 61.3 LORMP, el **primer legitimado pasivamente** en la tramitación procesal de esta pieza separada **es el menor responsable de los hechos punibles** que originen la pretensión de restitución, reparación e indemnización de los perjuicios ocasionados, debiendo entenderse por "responsable de los hechos punibles" al mayor de catorce y menor de dieciocho años.

Por otra parte, en ningún caso va a ser posible exonerar de responsabilidad a estos otros responsables solidarios a los que alude el precepto, ni aun cuando acrediten haber actuado con la máxima diligencia, sino que, por el contrario, si no han favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, el Juez podrá, de manera no obligatoria sino facultativa, moderar, en el sentido únicamente de reducir, pero no de excluir, dicha responsabilidad.

Se establece una **responsabilidad objetiva**, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose de los criterios de imputación subjetivos, los cuales únicamente se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de responsabilidad.

## 3. PROCEDIMIENTO.

**Notificado el Decreto de incoación** del expediente del MF al Juez de Menores, **éste abrirá "la pieza de responsabilidad civil"** y el LAJ notificará el perjudicado su derecho a ser parte en la misma. Si el perjudicado no reserva el ejercicio de la acción civil, habrá de determinar al Juez en la comparecencia los demandados civiles, quienes también serán notificados por el LAJ a fin de que comparezcan (arts. 64. 2ª y 3ª LORPM).

Una vez **personados los perjudicados** y responsables civiles, el **Juez de Menores resolverá** sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales (art. 64. 4ª LORPM).

La tramitación de la acción civil se acomoda a las reglas generales de la LECrim, esto es, la tramitación conjunta con la acción penal, su resolución en sentencia, salvo reserva o renuncia, y el efecto de cosa juzgada plena del pronunciamiento que se recoja en la sentencia sobre dicha responsabilidad civil.

# Lección 31 LOS PROCESOS ESPECIALES (II). LOS JUICIOS RÁPIDOS

## I. CONCEPTO Y NATURALEZA.

Se entiende por **"Juicios Rápidos"** el Proceso Especial **competencia de los Juzgados de lo Penal**. Se aplica a los **delitos flagrantes o con una instrucción sencilla**, su autor debe ser **detenido** o encontrarse **a disposición de la Autoridad Judicial**. Es **incoado por atestado** y se concentra su **instrucción en el Juzgado de Guardia**, lo que permite la inmediata **conformidad del acusado o la celebración del juicio oral** ante el Juez de lo Penal en un plazo **no superior de 15 días**.

Los principios de este procedimiento son la **oralidad**, **inmediación** y **concentración del procedimiento** (Arts. 795 a 803 LECrim).

Se califica como "especial" debido a la **naturaleza** de su objeto los delitos flagrantes y de instrucción sencilla. Aunque en un futuro podrá convertirse en un proceso "ordinario" gracias a la voluntad del legislador.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Sólo serán objeto de enjuiciamiento las infracciones punibles en las que concurran las siguientes circunstancias:

### 1. CRITERIO FORMAL.

Que el proceso sea incoado mediante **atestado policial** y, en consecuencia, se haya detenido a una persona y haya sido puesta a disposición judicial o, que, sin detenerla, se le haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial

### 2. CRITERIO CUANTITATIVO MATERIAL.

Deberán ser delitos competencia de los Juzgados de lo Penal, es decir, ***castigados con pena privativa de libertad que no exceda de 5 años, o con cualquier otra pena, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de 10 años****, cualquiera que sea su cuantía*.

La incoación del proceso penal mediante atestado policial y el "quantum" (criterio cuantitativo material) son los presupuestos procesales para que se pueda proceder a la aplicación de este enjuiciamiento rápido. Pero **no son suficientes** por sí solos, **se necesita que acontezca cualquiera de las reglas primera, segunda o tercera del Art. 795 LECrim**. Deben ser delitos flagrantes o encontrarse dentro del listado señalado en la segunda regla del art. 795 LECrim o que se trate de un hecho punible cuya instrucción se presuma sencilla, y además que **no sea procedente acordar el secreto de las actuaciones** de conformidad con lo establecido en el Art. 302 (Art. 795.3ª LECrim).

## III. LA «PREINSTRUCCIÓN» DE LA POLICÍA JUDICIAL.

En el Art. 796.1 LECrim, bajo la rúbrica "de las actuaciones de la Policía Judicial" se encuentra la "preinstrucción". La actuación de la Policía Judicial acontece no sólo porque su actuación inicial mediante el atestado es presupuesto básico para la incoación de los juicios rápidos, sino **porque la**

**instrucción**, concentrada en el Juzgado de Guardia, **requiere de la actuación inmediata para la práctica de determinadas diligencias, y su omisión haría imposible la aplicación de este proceso**.

## 1. PLAZO PARA LA PRÁCTICA DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES.

El plazo en el que la Policía Judicial debe concluir las diligencias específicamente en él reguladas será *"el tiempo imprescindible, y* ***en todo caso habrá de concluirlas durante el plazo de la detención****", si las hubiere*. Esta regla general contiene una ***excepción*** en la que, *si el imputado uno hubiere sido detenido, ni localizado, podrá retener la realización de tales diligencias durante el plazo máximo de 5 días*.

## 2. ACTUACIONES ASISTENCIALES.

Sin perjuicio de recabar el auxilio al que se refiere el Art. 770.1 LECrim (precepto que *faculta a la policía a requerir "la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario que fuese sabido para prestar, si fuere necesario, los oportunos auxilios al ofendido…")* se añade que la Policía Judicial está facultada para solicitar del facultativo o personal sanitario que atendiese al ofendido *"copia del informe relativo a la asistencia prestada para su unión al atestado policial*". La copia del informe acreditará la realidad de la asistencia médica, el lugar, día y ahora en que se produjo y la naturaleza de las lesiones apreciadas, por lo que tales partes de asistencia médica pueden ostentar el carácter de ***prueba documental preconstituida***.

## 3. ACTUACIONES RELATIVAS AL DERECHO DE DEFENSA.

El Art. 796.1. 2º LECrim obliga a la policía a informar "*a la persona que se le atribuye el hecho, aun en el caso de no procederse a su detención, el derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de Guardia asistido de abogado. Si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de abogado, la Policía Judicial, recabara del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio*".

La interpretación del Art. 767 LECrim establece la ***irrenunciabilidad del derecho de defensa técnica***, al establecer que *"desde la detención o desde que las actuaciones resultaren la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial, recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado"*.

Una vez incoadas las diligencias urgentes, el Juez de Instrucción podrá en conocimiento de la defensa el atestado

## 4. ACTOS DE CITACIÓN.

***Los actos de citación son los emplazamientos que***, por imperativo del Art. 796 LECrim, ***debe realizar la Policía Judicial a las personas o entidades*** como el denunciado en el atestado policial, no detenido, testigos, ofendidos y perjudicados, aseguradoras, responsables y perjudicados, estos emplazamientos deberán realizarse coordinadamente con el Juzgado de Guardia. En situaciones de urgencia, existe la posibilidad de que puedan efectuarse verbalmente.

### 5. DILIGENCIAS PERICIALES.

La LECrim impone la ***obligación de la Policía Judicial de colaborar o incluso excepcionalmente practicar por sí misma los análisis que procedan respecto a las sustancias intervenidas***. Dispone que "remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al Laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitando al Juzgado de Guardia por el medio más rápido y en todo caso, antes del día y hora en que se haya citado a las personas indicada ene las reglas anteriores. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo, la Policía Judicial, podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo".

## IV. LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y LA INSTRUCCIÓN CONCENTRADA ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA.

Una vez recibido el atestado, el Juez de Guardia *"incoará, si procede, Diligencias Urgentes"*. Para el **Auto de incoación de "Diligencias Urgentes"** el Juez deberá tener en cuenta si concurren los presupuestos establecidos en el ámbito de aplicación del procedimiento (795 LECrim).

En el caso de que concurran los requisitos, ***el Juez necesariamente deberá proceder a la Incoación del Procedimiento de Enjuiciamiento Inmediato***, sin que pueda realizar "prima facie", otro tipo de valoración, que, si en la instrucción surgiera, tendrían su cauce procesal en la comparecencia (798 LECrim). La incoación deberá hacerse mediante ***Auto***, contra el que ***no cabe recurso*** alguno.

Una vez incoado el procedimiento, ***el Juez de Guardia estará obligado a practicar los Actos de Prueba Sumarial*** anticipada (que deberán grabarse en vídeo) y determinadas ***diligencias que podemos sistematizar en obligatorias y facultativas***. La defensa tiene derecho a la ***Publicidad de la instrucción***, debiendo el Juez permitirle el conocimiento del atestado y de todas las actuaciones que realice.

### 1. DILIGENCIAS OBLIGATORIAS.

Los actos procesales que necesariamente practicará siempre el Juez de Guardia

#### A) La aportación de los antecedentes penales.

El Juez *"recabará por el medio más rápido los **antecedentes penales** del detenido o persona imputada"*.

La necesidad de la obtención de los antecedentes por el Juez es importante ***para la correcta calificación jurídica del hecho*** para determinar la extensión de la *pena* y, sobre todo, la aplicación o no de la *agravante* de reincidencia, así como la posibilidad de acordar o no la *suspensión de la ejecución*, que, en este procedimiento, habida cuenta de la posibilidad de conformidad inmediata por el imputado ante el Juez de Guardia y la facultad de éste sobre la decisión de dicha suspensión de la ejecución, son circunstancias todas ellas que impiden que pueda deferirse la aportación de los antecedentes penales a un momento posterior.

B) **La declaración del imputado.**

El Juez de Guardia *"tomará declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que, resultando imputado por los términos del atestado, haya comparecido a la citación policial, en términos previstos en el Art. 775"*.

El interrogatorio judicial que presta el Juez es la ***Citación para ser oído*** (Art. 486 LECrim)*. "Ante la* ***falta de comparecencia del imputado a la citación policial*** *ante el Juzgado de Guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el Art. 487",* es decir, podrá cursar una ***orden de detención***, que es la sanción que establece la LECrim para el incumplimiento de dicha citación, indebidamente calificada de cautelar.

### 2. DILIGENCIAS FACULTATIVAS.

Las ***Diligencias Facultativas*** son las preestablecidas en el Art. 797.1 LECrim. El Juez de Guardia podrá disponer la práctica de todas y cada una de estas diligencias: declaraciones a testigos, careos, diligencia en rueda, informes periciales y cualquier otra que considere pertinente ("*numerus apertus"*), con una ***limitación material y otra temporal.*** De conformidad con la primera, la adopción de todas estas diligencias está condicionada a la regla común de su pertinencia, necesidad y utilidad y para la segunda limitación, la ejecución se efectúa dentro del preclusivo plazo del servicio de guardia.

## V. LA COMPARENCIA EN LA FASE INTERMEDIA: LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

### 1. FUNCIONES.

Cuando se practiquen en el Juzgado de Guardia ***las diligencias de instrucción, necesarias y facultativas***, que sean imprescindibles para asumir las finalidades de la instrucción, la LECrim establece la necesidad de una ***comparecencia de las partes*** ante el Juez de Guardia, con la que se inicia la ***Fase Intermedia***. La competencia de la fase intermedia corresponde al ***Juez de Instrucción*** en funciones de guardia.

A diferencia del proceso penal abreviado es que esta fase intermedia transcurre de ***forma oral***, necesaria para obtener la rapidez de este procedimiento y, por otro lado, el legislador ha incrementado notablemente sus funciones, junto a la clásica, consistente en ***decidir acerca del sobreseimiento o de la apertura del juicio oral*** con deducción, en este último caso, de los actos de acusación y de defensa, se han superpuesto otras, como lo son la previa decisión del procedimiento adecuado y la adopción de medidas cautelares.
El Juez de Guardia, en esta fase deberá realizar cronológicamente los siguientes cometidos:

- Decidir acerca del procedimiento adecuado: si debe ratificar las Diligencias Urgentes, convertirlas en Previas o ha de adoptar alguna e las decisiones como archivo, reenvío al juicio por delito leve, a la Jurisdicción militar o al Proceso de Menores.
- Adoptar las decisiones oportunas sobre medidas cautelares y destino de las piezas de convicción.
- Resolver sobre la petición de sobreseimiento o de apertura del juicio oral, instando, en este último caso, a las partes para que formalicen su acusación y defensa.
- Aceptar, en su caso, la conformidad propuesta.

Todas estas funciones están repartidas entre los Arts. 798 y 800 LECrim, cuyo defecto sistemático hace que se deban interpretar de manera conjunta

## 2. PLAZO.

Al momento de realización de esta comparecencia. La instrucción concentrada y la fase intermedia deberán efectuarse ***dentro del preclusivo plazo de duración del servicio de guardia***, a cuyo término el Juez debe haber pronunciado alguna o algunas de las soluciones enumeradas en el epígrafe anterior.

## 3. FORMA.

Se consagra el ***Ppio. de Oralidad***: "oirá a las partes personadas y al Ministerio Fiscal". Además, todas las actuaciones deberán documentarse.

## 4. CONTENIDO.

***Doble contenido*** respecto a la intervención de las partes en la comparecencia. Por una parte, ***se insta lo que estimen conveniente acerca de la continuación o no de este procedimiento*** y, por otra parte, ***han de alegar acerca de la conveniencia de adoptar medidas cautelares frente al imputado y responsable civil***, si bien, como veremos, esta última decisión, y en el caso de que el Juez disponga la continuación del procedimiento rápido, se traslada al momento inmediatamente posterior a la resolución sobre la petición de apertura del juicio oral.

Dicho acto ha de comenzar mediante ***la intervención de las partes y consiste en exponer oralmente*** (otorgando el Juez la palabra, en primer lugar, al Ministerio Fiscal, en segundo, a la acusación personada, si la hubiese, y, por último, a la defensa) sus alegaciones sobre el procedimiento adecuado, a saber:

- Recabar su opinión acerca del estado de la instrucción, esto es, si las diligencias practicadas son suficientes o no para continuar el procedimiento, en cuyo último caso habrán de determinar los actos de investigación que consideren imprescindibles para su conclusión y si procede o no, por lo tanto, la ratificación de las Diligencias Urgentes o su conversión en Diligencias Previas del procedimiento abreviado ordinario.

Exponer igualmente, si lo que procede es adoptar alguna o algunas de las resoluciones previstas, es decir, el archivo de las actuaciones, la incoación de un juicio de faltas, de un proceso de menores o la remisión de las actuaciones a la Jurisdicción militar

## 5. RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Tras oír las alegaciones de las partes, ***el Juez de Guardia*** debe pronunciarse sobre la ***continuación o no del procedimiento***, sobre cuál sea el procedimiento adecuado y sobre las medidas cautelares instadas por las acusaciones. En cualquier caso, este ***"Auto de Imputación"*** habrá de contener los requisitos del Art. 779.1. 4º LECrim: la determinación de los *hechos punible*s y la *identificación de la persona o personas a las que se imputan*.

## VI. LA PREPARACIÓN Y APERTURA DEL JUICIO ORAL.

Tras la comparecencia, el ***Juez de Guardia*** dictará, previa audiencia de las partes, el ***auto*** en el que, considerando suficiente las diligencias practicadas, ***ordena la continuación del procedimiento por los trámites del enjuiciamiento inmediato o juicio rápido***.

Pronunciada la resolución, en el mismo acto, el Juez *"oirá al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento"*.

Si el MF y el acusador particular, si lo hubiere, solicitasen ambos el ***sobreseimiento***, la petición no vinculará al Juez de manera necesaria.

Si en vez del sobreseimiento, el MF o la parte acusadora, si la hubiere, solicitaran la ***apertura del juicio oral***, y estimando el Juez la procedencia de esta petición, deberá acordarlo mediante ***Auto motivado***, de forma ***oral*** y se documentará en ***Acta***. Contra esta resolución ***no cabe recurso*** alguno, devolutivo o no devolutivo. Una vez acordada la apertura del juicio oral por el Juez de Guardia, se establece un ***doble cauce procesal,*** según exista o no acusación particular.

### 1. SUPUESTO DE QUE NO EXISTA ACUSACIÓN PARTICULAR.

Son la mayoría de procedimientos, sin embargo, por el ***MF***, se *"presentará de inmediato* ***escrito de acusación o se formulará ésta oralmente****"* (Art. 800.2 LECrim).

En el caso de que el MF ***no presente el escrito de acusación*** en el momento en que se acuerde el juicio oral, el Juez, *"…requerirá inmediatamente al* ***superior jerárquico del Fiscal*** *para que, en el plazo de* ***2 días****, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentase dicho escrito en plazo, se entenderá que* ***no pide la apertura del Juicio Oral*** *y que se considera procedente el* ***Sobreseimiento Libre****"*.

La norma consagra un ***efecto preclusivo***: la consecuencia del incumplimiento de la obligación de presentar el escrito de acusación par parte del MF conlleva al abandono de la pretensión punitiva por parte del Estado, lo que constituye un supuesto de sobreseimiento libre por razones de "oportunidad".

### 2. SUPUESTO DE QUE EXISTA ACUSACIÓN PARTICULAR.

En el caso de que la acusación particular solicite ***la apertura del juicio oral***, y se hubiere acordado, ***se emplazará en el acto*** por el Juez de Guardia (en la comparecencia), a dicho ***acusador y al MF*** a fin de que presenten sus escritos de acusación dentro de un plazo improrrogable y no superior a ***2 días***.

La norma establece una *regulación distinta*: por una parte, a las acusaciones se les otorga un plazo no superior a 2 días para que presenten sus escritos y, por otra, se abandona la modalidad de acusación oral. La calificación moral inmediata para el MF se basa en que se realiza en la misma comparecencia, mientras que, en este caso, se conceden 2 días, no podrán deducirse en la comparecencia, por lo que se realizará por escrito.

## 3. EL ESCRITO DE DEFENSA.

En el Art. 800 LECrim se establece una doble regulación para el escrito de defensa, según exista acusación pública o particular, o solo acusación pública.

Si ***no se constituye acusación particular*** y el *MF* hubiere presentado de inmediato el escrito de acusación o lo hubiera hecho oralmente, la defensa que ha tenido conocimiento, en la misma comparecencia, de la pretensión punitiva puede realizar alguna de estas *3 posibilidades procesales*:

- Prestar su conformidad "premiada", siempre y cuando concurran los requisitos establecidos en el Art. 801 LECrim.
- Presentar inmediatamente su escrito de defensa o formularla oralmente.
- Pedir un plazo de 5 días para la presentación del escrito de defensa.

Las consecuencias son diferentes *según la postura procesal que adopte la defensa*:

A. Caso de ***conformidad***, sí concurren los requisitos del Art. 801 LECrim, el Juez de Guardia dictará ***sentencia de conformidad***, decidirá sobre la suspensión o no de la ejecución de sentencia, y remitirá al Juzgado de lo Penal las actuaciones para su ejecución.

B. En caso de que ***no haya conformidad***, podrá presentar de manera inmediata, su ***escrito de defensa o formularla oralmente***.

C. Si ***la defensa solicita un plazo para la presentación del escrito***, *su concesión es obligatoria para el Juez*, no solo porque debe realizarse conforme a los Tratados Internacionales (*todo acusado tiene derecho, como mínimo, "a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa"*), sino porque según el Art.800.2 LECrim que *"el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los 5 días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación…*".

   Como ***consecuencias*** aparejadas a la ***petición y concesión del plazo de 5 días*** para la articulación del escrito de defensa se derivan las siguientes:

   1ª La formulación de este acto de contestación a la pretensión penal de forma escrita, sin que pueda efectuarse verbalmente.

   2ª La presentación del escrito de defensa, no ante el Juez de Guardia, sino ante el Juez de lo Penal, pues, de conformidad con lo indicado en el citado precepto, el LAJ procederá *"a citar a las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presente sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento"*.

   3ª La imposibilidad de la defensa de obtener una conformidad "*premiada*", la cual sólo puede acontecer en los juicios rápidos dentro de las actuaciones del Juez de Guardia, sin perjuicio de que, ante el Juez de lo Penal, se obtenga una conformidad ordinaria que, a diferencia de la premiada, lo es a la más alta petición de pena, sin posibilidad de rebaja alguna.

### 4. EL SEÑALAMIENTO.

El señalamiento para el juicio oral deberá realizarse por el ***LAJ del Juez de Guardia en la fecha más próxima posible*** y el límite máximo para ponerla será de 15 días, debiendo realizarse el señalamiento de acuerdo con el Juzgado de lo Penal en los días y horas predeterminados.

A parte del señalamiento, el LAJ deberá realizar ***las citaciones propuestas por las partes***; respecto de ***las citaciones interesadas por el MF***, se harán ***en el acto*** por el Juez, si fuere posible. Con respecto a las demás proposiciones de prueba se consagra la obligación del LAJ del Juez de Guardia de citar a los testigos y peritos que las partes hayan propuesto, todo ello sin perjuicio de que el Juez de lo Penal, si no se hubieran realizado las referidas citaciones, deba proceder a su práctica.

## VII. LA CONFORMIDAD «PREMIADA» DEL ART. 801 LECRIM.

### 1. COMPETENCIA.

En esta conformidad premiada, arbitrada exclusivamente para calificaciones de delitos con pena privativa de libertad no superior a los 2 años de prisión, la competencia para dictar una sentencia de conformidad premiada ya no corresponde a los órganos de enjuiciamiento, sino a los de instrucción: concretamente al ***Juez de Instrucción***, cuando se adopte en el seno de unas *Diligencias Previas*, o al ***Juez de Guardia*** en el supuesto de que la conformidad suceda dentro de unas *Diligencias Urgente*s de los juicios rápidos. (Florentina

### 2. PRESUPUESTOS.

Para que el denunciado preste su conformidad en la guardia y se pueda beneficiar de una rebaja de la pena o de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad es necesario el cumplimiento de determinados presupuestos, que podemos clasificar en formales o procesales y materiales:

#### A) **Requisitos formales.**

A esta conformidad premiada se puede llegar por medio de ***dos vías procesales***: en sede de unas Diligencias Previas o mediante la incoación de un juicio rápido. Pero los presupuestos de ambas conformidades son distintos:

**a)** ***Si se han incoado unas Diligencias Previas***, la regla 5ª del Art. 779.1 LECrim que *"si, en cualquier momento anterior, el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el Art. 801, mandará convocar inmediatamente al MF y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los Arts. 800 y 801"*.

Cuando concurran todos estos requisitos, el Juez convocará a las partes a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. El órgano competente para esta conformidad es el propio ***Juez de Instrucción*** que está conociendo de las Diligencias Previas.

Esta convocatoria, a la que se refiere la norma, no puede ser otra sino a la celebración de la comparecencia del Art. 800.2 LECrim, con la especialidad de que ha de abrirse sin que las partes hayan tenido previamente que solicitar y el Juez adoptar el Auto de apertura del juicio oral. Pero, a diferencia de la conformidad-allanamiento que contempla dicho precepto, aquí hay que formular "escrito de acusación", no cabe, por tanto, acusación oral, con la "conformidad del acusado", es decir, las partes acusadoras habrán de comparecer con la conformidad ya "negociada", lo que permite encuadrarla dentro de los "negocios jurídicos procesales".

Si las partes presentan escritos de acusación en los que el imputado ha reconocido la comisión del hecho y acepta el cumplimiento voluntario de la mayor pena propuesta por las partes acusadoras, todo ello con su ratificación personal y la de su abogado, y el Juez estimara que se cumplen los requisitos del Art. 801, transformará las Previas en "Diligencias Urgentes" y procederá a dictar sentencia de conformidad en los términos del Art. 801.

**b)** ***Si se han incoado las Diligencias Urgentes***, la conformidad ha de suceder ante el Juez de Guardia y en el seno de la comparecencia regulada en el Art. 800. A diferencia de la anterior, esta conformidad requiere la previa petición y adopción del Auto de apertura del juicio oral.

Nos encontramos ante una conformidad-allanamiento que puede prestar el acusado a la petición de pena del MF.

### B) Requisitos materiales.

Esta conformidad premiada es reclamable únicamente ante la acusación de un ***delito menos grave***, es decir, que no haya lesionado bienes jurídicos muy relevantes y cuya ausencia de violencia y de reproche social permita inferir al Juez la ***resocialización*** del acusado.

Como ***primer requisito material*** se exige *"que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito con pena de hasta 3 años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años"*.

***En segundo lugar***, y con el criterio de la "*pena subjetiva*", que suele presidir la conformidad, el Art. 801.1. 3º requiere también que, *"tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas* ***no supere****,* ***reducida en un tercio****, los* ***2 años*** *de prisión".*

Acreditados estos requisitos, el Juez de Guardia ***dictará oralmente sentencia de conformidad*** en la que se impondrá la pena solicitada ***reducida en un tercio***, "aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite previsto en el CP" y podrá acordar, en su caso, la ***suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad***, pues el límite de los 2 años de privación de libertad obedece a que dicho "*quantum*" de pena es precisamente el requerido por el CP, para la suspensión de la pena impuesta.

## VIII. EL JUICIO ORAL EN LOS «JUICIOS RÁPIDOS».

La regulación del juicio oral para este procedimiento es el mismo que para el ***procedimiento abreviado ordinario*** (Arts. 786 a 788 LECrim), con algunas *especialidades* derivadas de la *celeridad* que requiere este procedimiento, que son:

- El plazo de dictar sentencia en ***3 días***
- En caso de *suspensión* se señalará el ***plazo más breve posible*** y en todo caso ***dentro de los 15 días siguientes***.

## IX. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.

Contra las Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en los juicios rápidos, solo puede plantearse ***Recurso ordinario de Apelación*** (Arts. 790 a 793 LECrim), con una ***reducción de plazos***.

# Lección 32 LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES (III). EL PROCESO ANTE EL JURADO

## I. SISTEMA DE FUENTES.

El proceso ante el jurado se rige por:

1º. Sus propias disposiciones contenidas en la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

2º. Las disposiciones establecidas en la LECrim de aplicación supletoria (art 24.2 LOTJ).

La LECrim contiene **dos conjuntos normativos**, las normas del proceso o sumario ordinario para delitos muy graves y las del Título III del proceso abreviado. Entendemos como supletorias las primeras por las remisiones expresas de la LOTJ denominando "sumario ordinario" así como por constituir, éste, el proceso común. Sin prejuicio de determinadas normas del abreviado de aplicación directa que incrementan las garantías o el derecho de defensa (art. 788.1 LECrim).

## II. COMPETENCIA OBJETIVA.

Regulada en el art. 1LOTJ diferenciando tres apartados. Los dos primeros dedicados a criterios positivos de delimitación de competencia y el tercero a uno negativo de exclusión de la competencia del TJ de delitos atribuidos a la Audiencia Nacional.

### 1. LA COMPETENCIA TEÓRICA.

El art. 1.1 LOTJ se inclina por un criterio "cualitativo", pudiendo sistematizar los delitos atribuidos al conocimiento del jurado en los siguientes criterios:
a) delitos muy graves;
b) delitos contra el libre ejercicio de los derechos fundamentales;
c) delitos contra el patrimonio social colectivo y el incumplimiento de deberes cívicos esenciales; y
d) delitos cometidos por funcionarios.

### 2. LA COMPETENCIA REAL.

El art. 1.2 LOTJ somete la competencia del TJ a una reducción donde contribuye un criterio de economía para no incrementar excesivamente los gastos del jurado, así como una desconfianza del legislador hacia el éxito del funcionamiento del modelo anglosajón del jurado.

De conformidad con la nueva redacción del art. 1.2 LOTJ por la Disposición Final Segunda de la LO 10/1995, la delimitación de la competencia objetiva es la siguiente:

a) **Muy graves:** homicidios (art. 138 – 140 CP).
b) **Delitos contra el libre ejercicio de los derechos fundamentales**: allanamiento de morada (art. 202 y 204 CP) y amenazas (art. 169.1º CP).
c) **Delitos contra el patrimonio social y el incumplimiento de deberes cívicos**: omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 CP).
d) **Delitos cometidos por funcionarios:** infidelidad en la custodia de presos (art. 471) y documentos (arts. 413-415), cohecho (arts. 419-426), algunos de malversación de caudales públicos (arts. 432.434), fraude, exacción ilegal (Arts. 436 .438) negociación prohibida (Arts. 439-440) y trágico de influencias (arts. 428-430 CP).

### 3. TRATAMIENTO PROCESAL.

Esta **competencia**, al ser un presupuesto procesal, **ha de ser examinada de oficio por el Juez Instructor** quien, cuando alcance el convencimiento de que los hechos punibles pertenecen a la competencia del Jurado, **convertirá el procedimiento en el ordinario del TJ** (art. 24.2 LOTJ). Sin perjuicio de que las partes puedan instar el cambio de procedimientos en los escritos de calificación (art. 29.5 LOTJ), petición resuelta después de la audiencia preliminar (art. 32.4 LOTJ) o como cuestión previa "*a limine*" del juicio oral (art. 36.1.a LOTJ).

## III. LA FASE INSTRUCTORA.

### 1. INCOACIÓN.

Tres son las **especialidades de la incoación**:

a) necesaria incoación a instancia de parte (con exclusión de la de oficio);
b) iniciación desde una instrucción en curso; y
c) valoración del hecho con arreglo a la doctrina del hecho natural.

La **resolución de iniciación** del procedimiento del TJ **revestirá forma de Auto** y decidirá la competencia del tribunal.

### 2. LA AUDIENCIA PARA LA CONCRECIÓN DE LA IMPUTACIÓN.

Reconvertido el procedimiento penal a través del auto de incoación, el Juez lo notificará a las partes, conteniendo dicho auto una orden de citación de comparecencia en el día y hora señalado para la audiencia de concreción de la imputación (art. 25 LOTJ).

### 3. EL AUTO DE CONFIRMACIÓN O DE SOBRESEIMIENTO.

Finalizada la audiencia y oídas las partes el Juez decidirá la continuación del procedimiento por medio de Auto, pudiendo ser éstas las distintas resoluciones.

a) **Auto continuación del procedimiento**, resolviendo la pertinencia de las diligencias solicitadas o requiriendo a las partes para que en termino de 5 días manifiesten si desean practicar nuevas diligencias (art. 27.1 y 2 LOTJ).
**B)** **Auto de sobreseimiento**, si hubiere causa para ello (art. 637 y 641 LECrim). Auto de cambio de procedimiento, si se estima como consecuencia de las alegaciones o de oficio.

### 4. PRÁCTICA DE DILIGENCIAS.

Confirmado el auto de iniciación del procedimiento e independientemente de las diligencias anteriormente practicadas, el art. 27 LOTJ autoriza al Juez a una nueva práctica de diligencias.

Las características de éstas son la concentración de su práctica en la audiencia preliminar donde solo se practicarán las "irrepetibles" o de carácter urgente y la limitación de las diligencias de oficio dirigidas a la "comprobación del hecho y de las personas objeto de imputación".

## IV. LA FASE INTERMEDIA.

### 1. LOS ESCRITOS DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL.

Su función consiste en **solicitar simultáneamente la apertura del juicio oral y determinar su objeto** (art. 29.1 LOTJ), así como la **proposición de medios probatorios (**art. 656 LECrim).

La Ley se remite al art. 650 LECrim en lo referente a los requisitos materiales y formales de los escritos, en los que se incorpora como especialidad la solicitud de práctica de diligencias complementarias para su práctica en la audiencia preliminar (art 29.4, sin perjuicio de que puedan solicitarse al inicio de dicha audiencia) y la petición de cambio de procedimiento o competencia del órgano de enjuiciamiento (art. 29.5 LOTJ). Un requisito especifico de la defensa es la posibilidad de practicar la conformidad y de manifestar la renuncia a la celebración de la audiencia preliminar (art. 30.2 LOTJ).

### 2. LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

Presentados los escritos de calificación de la defensa sin conformidades ni renuncias, señalará **el juez el día más próximo posible para la audiencia preliminar** (art. 30.1 LOTJ).

La **audiencia preliminar** es el acto más importante de esta fase. Es **un acto procesal que en base a los principios de oralidad e inmediación** se encarga de practicar diligencias y en función de su resultado evidenciado por los informes de las partes, podrá el Juez

a) practicar de oficio diligencias complementarias;
b) dictar auto de sobreseimiento (art. 32.1 y 2 LOTJ);
c) auto cambio procedimiento (art. 32.4 LOTJ) y
d) auto de apertura del juicio oral (art. 32.1 y 33 LOTJ).

En este último supuesto es importante que las partes informen bien sobre la prueba documental y demás anticipada o preconstituida que el Juez habrá de deducir testimonio al efecto de remitirlo al TJ.

### 3. EL AUTO DE «REENVÍO» A JUICIO Y EL TESTIMONIO DE LA PRUEBA SUMARIAL.

El contenido del auto se determina en el art. 33 LOTJ: hecho punible, acusados, fundamentación decisión apertura juicio y órgano competente para el enjuiciamiento, al que emplazará dentro de los 15 días siguientes a las partes.

Al auto se adjuntará el testimonio de los escritos de calificación, el auto de apertura y de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral, que son la prueba documental preconstituida y anticipada.

## V. EL JUICIO ORAL.

El Juicio Oral ante el Tribunal del Jurado comienza con el auto del Juez de Instrucción de reenvío.

## 1. ACTOS PREPARATORIOS.

### A) Cuestiones previas.

El **plazo de 15 días** no es solo para la personación, sino que las partes pueden aquí plantear "*a limine*" determinades presupuestos y excepciones procesales. **Se podrán plantear todas las cuestiones** del art. 666 LECrim, modificar objetiva y subjetivamente la imputación judicial del auto de apertura del juicio, alegar vulneración de derechos fundamentales e impugnar la prueba propuesta y proponer de nueva.

### B) El auto de hechos justiciables.

El **Magistrado presidente** ha de delimitar el "hecho justiciable" (calificación, grado de ejecución y participación), procediendo a **resolver sobre la admisibilidad** y pertinencia de los medios de prueba propuestos.

En el auto de hechos justiciables el Magistrado Presidente efectuará el señalamiento de la vista del juicio oral, mandando efectuar las citaciones oportunas.

## 2. LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL.

### A) Normas generales.

Tras el juramento de los jurados se dará comienzo a la celebración del juicio oral (art. 680 y ss LECrim).

Las normas del Título III del Libro 2º LECrim son de aplicación, así el Magistrado goza de amplias facultades para decidir acerca de la celebración del juicio oral en ausencia de alguno de los acusados (art. 44 LOTJ), formular instrucciones al Jurado (art. 51 LOTJ), ilustrar y despejarle sus dudas jurídicas (art.57 LOTJ), así como para confeccionar el tema esencial del veredicto (Art. 52 LOTJ).

### B) Práctica de la prueba.

El juicio comienza con la **lectura de los escritos** por el LAJ siguiendo de la apertura por el Magistrado de un turno a las partes **de alegaciones para exponer** con claridad el objeto del proceso y la finalidad de la prueba, pudiendo **solicitar más prueba**.

Se procederá a los medios probatorios, comenzando por la declaración del acusado según el art. 683 y ss LECrim. En el caso de practicarse reconocimiento judicial, habrá de constituirse todo el jurado.

Rige **la regla del examen de oficio de la prueba documental** con la limitación de que el Jurado puede examinar la totalidad de las piezas de convicción, pero ciñéndose a las piezas y prueba documental remitida por el Instructor para estimular la inmediación. El art. 46.5 LOTJ **prohíbe la lectura de las declaraciones del acusado, testigo y peritos,** y afirma que *las aclaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados.*

### C) Informes, conclusiones, conformidad y desistimiento.

Terminada la prueba, tiene lugar **los informes** y le siguen **las conclusiones** para elevar a definitivas o modificar la calificación y **petición de la pena**.

En este procedimiento, puede la defensa:

- bien solicitar al Magistrado la disolución del jurado (por no resultar del juicio la existencia de prueba de cargo)
- bien conformarse con la pena más alta (siempre que no exceda de 6 años); en tal caso, el Magistrado puede oponerse si entiende inexistencia del hecho, falta tipicidad, ausencia de participación del acusado o concurrencia causa extinción o atenuación.

### D) El objeto del veredicto.

**Finalizado el juicio oral** y habiendo otorgado última palabra al acusado, se **confeccionará el objeto del veredicto**. Dicha declaración de hechos habrá de contener imparcialmente los hechos principales de acusación, de defensa, las causas de exención y modificación de la responsabilidad, el grado de ejecución y participación y precisar el hecho delictivo por el que se ha de declarar al acusado culpable o inocente.

**Elaborado el objeto del veredicto**, se someterá a **alegación verbal de las partes**, quienes podrán formular modificaciones. Tras ésta, el Magistrado Presidente entregará, en audiencia pública, dicho objeto al Jurado, instruyéndoles de su función, de los hechos, doctrina aplicable, y la exigencia de aplicar el principio de *in dubio pro reo* (art, 54 LOTJ).

### E) Deliberación, veredicto y acta.

El Jurado se retira a deliberar bajo presidencia de quien fue insaculado, sin ser recusado, cesando de su función cuando el Jurado nombre su portavoz.

Las **deliberaciones son secretas,** con las debidas garantías de incomunicación y en unidad de acto, solo interrumpidas, para pedir, en audiencia pública, aclaraciones; permitiendo el art. 61.2 LOTJ la entrada a la sala al LAJ para auxiliar al portavoz.

**Todos los jurados emiten un voto sin posibilidad de abstenerse**. Votaran verbalmente, por orden alfabético y sobre todos los puntos objeto del veredicto, siendo el portavoz el último. Serán necesarios al menos 7 votos para una decisión desfavorable y 5 favorable para el reo. Finalmente se vota la culpabilidad o inculpabilidad de tantos delitos o acusados existan.

**Concluida la votación**, el portavoz redactará un acta donde determinará los hechos probados y una exposición sucinta de su motivación.

Una copia del acta se remitirá al Magistrado quien podrá devolverlo al Jurado si entendiese con él algún defecto del art. 63 LOTJ. Del contrarió, se procederá a la lectura pública del veredicto por el portavoz con el cese de sus funciones del Jurado.

**En caso de devolución**, se hará con una explicación de la forma de subsanación. Si tras una tercera devolución no se subsana el vicio advertido, se disolverá el Jurado y volverá a celebrarse el juicio con un nuevo jurado. Si ocurriese lo mismo, se dictaría sentencia absolutoria.

**Si la sentencia es de ausencia de culpabilidad**, el Magistrado presidente dictará en el acto sentencia absolutoria ordenando la inmediata puesta en libertad. **En caso contrario, habrán de informar las partes** sobre la pena o medidas de seguridad, así como acerca de los beneficios de la

remisión o de la solicitud de indulto, sin que dicho informe vincule al Magistrado Presidente fuera de los límites de la congruencia penal trazada por el art. 851.4º LECrim.

## VII. LA SENTENCIA Y RECURSOS.

Contendrá los requisitos del art. 248.3y 70.2 LOPJ: declaración de hechos probados y hecho punible determinados en el veredicto que, si fuera de culpabilidad, concretará la prueba de cargo para dar cumplida la respuesta a la doctrina constitucional de la presunción de inocencia.

El Magistrado Presidente no puede disentir del veredicto, solo podrá acordar la devolución de éste.

El acta de votación es el instrumento que utiliza el Magistrado Presidente para redactar la sentencia que contendrá la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. La sentencia será apelable ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ y recurrible en casación ante la Sala Segunda del TS.

La sentencia se le unirá el acta del Jurado procediéndose inmediatamente a su publicación.

# Lección 33 LOS PROCESOS ESPECIALES (IV). EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO, POR INJURIAS Y CALUMNIAS, POR DELITOS COMETIDOS POR MEDIOS O SOPORTES MECÁNICOS DE DIFUSIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES

## I. EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

El **art. 803 bis «a»** determina el objeto de este proceso especial mediante la concurrencia acumulada de los siguientes requisitos:

### 1. OBJETO PROCESAL. REQUISITOS.

#### A) Formales

El citado precepto requiere la existencia de una ***instrucción en curso***, bien sea una investigación del Ministerio Fiscal, bien se trate de la incoación de unas diligencias previas. *La policía judicial no está autorizada para la emisión de esta propuesta de sanción*.

#### B) Subjetivos

Los requisitos subjetivos son dos:

- ***positivos***: ***1.*** «*Que el delito esté castigado con pena de multa trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*» y ***2***. «*Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*»;
- ***negativo***: «*Que no esté personada acusación popular o particular en la causa*».

Así, pues, atendiendo a la pena objetiva, aunque pudiera llevar asociada una pena privativa de libertad de *un año*, será necesario que pueda ser sustituida por otra privativa de derechos, ya que el Ministerio Fiscal tan sólo puede proponer una pena de multa o privativa de derechos.

El presente procedimiento requerirá, pues, de un lado, un acto de postulación del Ministerio Fiscal, la «*propuesta de imposición de pena*», en el que el Ministerio Fiscal califique el hecho como incluido en este objeto procesal y, de otro, que *no exista un acusador popular o particular en la causa*, lo cual no exime al Letrado de la Administración de Justicia, si el Juez hubiera incoado unas diligencias previas, a realizar el trámite de ofrecimiento de acciones al ofendido y tan sólo, si el ofendido no compareciera como acusador particular, será procedente este procedimiento especial.

#### C) Objetivos.

De una manera más explícita se determina el objeto procesal, cual es «*una acción penal ejercitada para la imposición de una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso,*

*de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*». De lo expuesto se infiere que este procedimiento será siempre aplicable a los delitos menos graves castigados «*con pena de multa o con pena de prisión sustituible por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*».

A dicho objeto procesal puede todavía el Ministerio Fiscal, en su calidad de sustituto procesal del perjudicado, ejercitar una acción civil, «*ex*» art. 108 LECrim, «*dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio*». Y, si no ejercitara la acción civil, habrá de concluir en que quedará reservada para que el perjudicado la ejercite en el proceso civil correspondiente

## 2. NATURALEZA JURÍDICA.

Estamos ante un ***proceso especial*** que se desarrolla ante la Autoridad judicial y que pude finalizar por una ***sentencia de conformidad***. De aquí que las normas que disciplinan este método auto compositivo de solución de las controversias penales o de ***allanamiento*** a la pretensión penal debieran ser de aplicación supletoria.

La finalidad de este procedimiento consiste en emitir, al principio de la fase instructora, una ***propuesta de sanción a una pena no privativa de libertad***, la cual, si es aceptada por el imputado con el concurso de la voluntad de su Abogado, se convierte en una sentencia firme de condena. Este proceso especial tiene por objeto descongestionar de papel inútil al Juzgado, pero con absoluto respeto al derecho de defensa del encausado, quien puede oponerse al Derecho de propuesta de sanción y ejercitar su derecho a ser juzgado en un proceso con todas las garantías.

## 3. EL DECRETO DE PROPUESTA DE IMPOSICIÓN DE PENA.

Dispone el **art. 803 bis «c»** que, cuando el Ministerio Fiscal estime la concurrencia de los requisitos determinantes del objeto procesal anteriormente mencionados redactará el «*Decreto de propuesta de imposición de pena*», el cual, de manera similar a un escrito de acusación, habrá de contener los siguientes extremos:

«***1º*** *Identificación del investigado.*

***2º*** *Descripción del hecho punible.*

***3º*** *Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.*

***4º*** *Breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida.*

***5º*** *Penas propuestas. A los efectos de este procedimiento, el Ministerio Fiscal podrá proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal; y*

***6º*** *Peticiones de restitución e indemnización».*

## 4. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL DECRETO.

Una vez presentado, ante el Juzgado de instrucción competente, el Decreto de propuesta de imposición de pena, el Juez lo aceptará o denegará. Si lo declarara inadmisible, quedará sin efecto, sin perjuicio de que, al trasladarle una «*notitia criminis*» de un delito público, habrá de incoar Diligencias Previas, debiendo el Ministerio Fiscal cesar en su investigación. Y, si constatada la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos establecidos, estimara su procedencia, lo notificará al imputado, junto con el Decreto, «…*a quien citará de comparecencia ante el Tribunal en la fecha y en el día que se señale*».

Asimismo, en dicha notificación, ilustrará al encausado de su derecho a comparecer con un Abogado de su confianza o reclamar la asistencia de un Abogado de oficio, cuyo nombramiento habrá de efectuarse con una antelación de *cinco días* a la celebración de la comparecencia. La intervención del Abogado defensor, de conformidad con lo establecido en la Recomendación D-67 del Consejo de Europa, y de imponerse una pena privativa de libertad, sería preceptiva para la válida celebración de la comparecencia. Empero la prohibición de imponer tales penas de privación de libertad, que efectúa el **art. 803 bis «a» 2**, haría innecesaria, desde un punto de vista constitucional, esta exigencia, cuya aplicación práctica contribuirá a incrementar la lentitud y carestía del proceso.

## 5. OPOSICIÓN.

La oposición al Decreto de imposición de pena puede *ser tácita o expresa*:

- la oposición ***tácita*** puede suceder de dos formas, bien mediante su sola incomparecencia, bien mediante su comparecencia, pero sin la de su Letrado, sin perjuicio de que el Juez suspenda la comparecencia y señale nueva fecha para su celebración; y
- la oposición ***expresa***: lo que sucederá cuando rechazará «*total o parcialmente en lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización*», en cuyo caso «*quedará la misma sin efecto*», debiendo continuarse la fase instructora.

Para que la conformidad sea válida es necesario que, tanto el Abogado defensor, como su patrocinado la manifiesten de un modo expreso. Debido a la autonomía que el defensor adquiere en el proceso penal, si el Abogado reputa conveniente la continuación del procedimiento, aun contraviniendo la voluntad de su patrocinado, el Juez debe disponerlo. Lo mismo ha de suceder en el supuesto inverso, si bien exigencias constitucionales del derecho de defensa han de obligar al Juez a reemplazar al Abogado por otro de su elección o del turno de oficio, ya que el originario, al prestar su conformidad, queda moralmente descalificado para seguir asumiendo la defensa.

«*Si el decreto de propuesta de pena deviene ineficaz por no ser autorizado por el Juzgado de Instrucción, por incomparecencia o por falta de aceptación del encausado, el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por su contenido y proseguirá la causa por el cauce que corresponda*". Se incoarán Diligencias Previas y, de otro que el Ministerio Fiscal a lo largo de las mismas, podrá instar de nuevo la conformidad.

### 6. ACEPTACIÓN.

«*Si el encausado acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno*» (**art. 803 bis «i»**).

La aceptación por el imputado y su Abogado defensor de la propuesta de sanción se convertirán en una sentencia condenatoria firme, contra la cual no cabrá la interposición de recurso alguno, porque «nadie puede ir contra sus propios actos». Pero excepcionalmente puede la defensa ejercitar los recursos, si concurrieran vicios de consentimiento o la pena impuesta no fuera la procedente

## II. EL PROCESO POR INJURIAS O CALUMNIAS

### 1. NATURALEZA.

La jurisprudencia afirma que nos encontramos ante un proceso ordinario con especialidades, razón por la cual no serán necesariamente de aplicación las normas del sumario ordinario, sino del ***abreviado***.

Habida cuenta de la naturaleza privada de estos ilícitos penales, este proceso más que informado por el principio acusatorio, se encuentra regido por el principio dispositivo, ya que sus características más relevantes son las siguientes:

***a)*** inicio del proceso a instancia de parte, de tal manera que si el ofendido no interpone su querella, no se iniciará de oficio el procedimiento;

***b)*** el proceso puede quedar truncado por los medios anormales de finalización, tales como el perdón del ofendido, la renuncia a la acción penal y el abandono de la querella;

***c)*** dada la naturaleza privada de este procedimiento, está vedada la participación en él del Ministerio Fiscal, y

***d)*** es un proceso regido también por la congruencia civil, razón por la cual no puede el Juzgado de lo Penal utilizar la tesis (**art. 733**), ni otorgar más de lo pedido, menos de lo resistido, ni cosa distinta a lo planteado en la pretensión penal y civil.

## III. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS COMETIDOS POR MEDIOS O SOPORTES MECÁNICOS DE DIFUSIÓN

Este procedimiento tiene por objeto obtener el secuestro, la prohibición de difusión y la condena penal y civil de los autores de delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado, medios mecánicos de publicación y medios sonoros, fotográficos difundidos por radio, televisión, cinematógrafo y similares, de entre los que cabe citar la telefonía móvil y el Internet.

## 1. NATURALEZA.

Es un procedimiento ordinario con especialidades, las cuales pueden ser reclamadas ante cualquier delito cometido a través de los citados medios mecánicos de difusión. Así, una injuria o calumnia cometida a través de tales medios, será enjuiciada a través de su procedimiento propio, con la particularidad de que, de un lado, por utilizar tales medios se presumirá cometida con publicidad y, de otro, en dicho procedimiento se podrán solicitar y obtener las medidas provisionales contempladas en el presente procedimiento.

## 2. MEDIDAS PROVISIONALES.

Dos son las medidas provisionales que puede el Juez de Instrucción disponer en el presente procedimiento: el secuestro y la orden de prohibición de difusión.

### A) El secuestro

De conformidad con lo dispuesto en el **art. 816** «*Inmediatamente que se dé principio a un sumario por delito cometido por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, el Juez o Tribunal acordará el secuestro de los ejemplares del impreso o de la estampa donde quiera que se hallaren. También se secuestrará el molde de ésta*». Así, pues, debe el Juez de Instrucción proceder a efectuar el secuestro, tanto de lo publicado, como del molde, «máster», soporte magnético y demás objetos que integren el cuerpo del delito.

Constituye el secuestro *una medida provisional*, cuyo objeto es doble:

- ➢ por una parte, mediante esta resolución se trata de asegurar el cuerpo del delito, pero,
- ➢ por otra, también se trata de conjurar el peligro de reiteración delictiva.

El secuestro, en la medida en que no está destinado a garantizar el cumplimiento de la Sentencia, no constituye medida cautelar alguna.

Nos encontramos, pues, ante una ***resolución provisional*** que, al recaer sobre el ejercicio de un derecho fundamental, cual es la libertad de información, está sometida al principio de proporcionalidad y a sus subsiguientes principios:

- jurisdiccionalidad o acto reservado por el **art. 20 CE** a la autoridad judicial, de tal manera que tan sólo puede ser adoptado por el Juez o Tribunal competente;
- especial motivación de la resolución judicial que ha de contener el necesario juicio de ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto;

necesidad e inexistencia de alternativa menos gravosa, lo que implica, de un lado, que, sea una medida potestativa y, de otro, que no se pueda secuestrar el medio de comunicación, ni siquiera el medio mecánico de reproducción, sino tan sólo el soporte que permita la reproducción del delito, todo ello sin perjuicio de que pueda el Juez disponer la clausura del medio, si concurrieran los supuestos de hecho de las «consecuencias accesorias»

**B) La prohibición de difusión.**

Dispone el párrafo segundo del **art. 823 bis** que «*los Jueces, al iniciar el procedimiento, podrán acordar, según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva. Contra dicha resolución podrá interponerse directamente recurso de apelación, que deberá ser resuelto en el plazo de cinco días*».

Dicha prohibición de difusión contiene una resolución provisional, consistente en una orden de cesación de la actividad delictuosa susceptible de generar un delito de desobediencia, que excepcionalmente puede ser cometido por el imputado, puesto que la medida en nada afecta a su derecho de defensa, sino que está dirigida única y exclusivamente a conjurar el riesgo de reiteración delictiva.

## 3. DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA.

El segundo objeto de la instrucción lo constituye determinar la autoría del hecho punible. Así se encarga de señalarlo el **art. 823**, conforme al cual «*unidos a la causa el impreso, grabado u otro medio mecánico de publicación que haya servido para la comisión del delito, y averiguado el autor o la persona subsidiariamente responsable, se dará por terminado el sumario*». De aquí que los **arts. 817 y 818** impongan al Juez instructor la obligación de prestar declaración al director y redactor del medio.

El **art. 819** impone también el Juez de dirigir su investigación contra los sucesivos responsables subsidiarios si no pudiera averiguarse quien sea el autor material del hecho o se encontrara éste en rebeldía: «*Cuando no pudiere averiguarse quién sea el autor real del escrito o estampa, o cuando por hallarse domiciliado en el extranjero o por cualquier otra causa de las especificadas en el Código Penal, no pudiere ser perseguido, se dirigirá el procedimiento contra las personas subsidiariamente responsables, por el orden establecido en el artículo respectivo del expresado Código*». Pero, «*si durante el curso de la causa apareciere alguna persona que, por el orden establecido en el artículo respectivo del Código Penal, deba responder criminalmente del delito antes que el procesado, se sobreseerá la causa respecto a éste, dirigiéndose el procedimiento contra aquélla*».

Si fuere condenado un responsable subsidiario por el hecho punible, «*no se podrá abrir nuevo procedimiento contra el responsable principal si llegare a ser conocido*», prescripción que resulta perfectamente superflua ante los efectos excluyentes de dicha responsabilidad y los de la cosa juzgada penal.

# IV. LOS PROCESOS ESPECIALES POR RAZÓN DE LAS PERSONAS: EL ENJUICIAMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES.

El ámbito de aplicación de este proceso especial por razón de las personas se circunscribe a los delitos cometidos por los Diputados y Senadores durante su mandato e incluso con anterioridad si posteriormente, en el momento de la imputación, ostentaran dicho cargo. Similar protección goza también el presidente y demás miembros del Gobierno para responder penalmente del delito de traición o cualquier delito contra la seguridad del Estado, supuesto que requiere una iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y su aprobación por mayoría absoluta.

Su fundamento se encuentra en el **art. 71.2 CE** que establece la denominada ***inmunidad parlamentaria***. De conformidad con la doctrina del TC el fundamento de esta prerrogativa reside en la necesidad de proteger la libertad, autonomía e independencia de las Cámaras legislativas.

La única especialidad de este procedimiento estriba en la exigencia de obtener el pertinente ***suplicatorio*** para poder dirigir un proceso penal contra un Diputado o Senador. Si ello no ocurriera, habrá de prosperar el artículo de pronunciamiento contemplado en el **art. 666.5**: «*falta de autorización administrativa para procesar*».

Por tanto, en cuanto surja una fundada imputación contra uno de los referidos aforados habrá el Juez de dirigirse al presidente de la Cámara competente, quien, previo acuerdo adoptado por la Mesa, lo remitirá a la Comisión del Estatuto de Diputados o de Suplicatorios, quien, tras la audiencia del interesado, emitirá su dictamen que se someterá al primer Pleno ordinario, en el que se decidirá sobre la aprobación o denegación del suplicatorio. Si se denegara el suplicatorio, habrá el tribunal de «*sobreseer libremente la causa*».

La instrucción y juicio de los Diputados y Senadores corresponde a la Sala de lo Penal del TS.

«*De lege ferenda*» sería recomendable que dicho aforamiento se circunscribiera a los delitos cometidos con ocasión de la función parlamentaria y ello con independencia de la perdida de la condición de Diputado o de Senador. Pero la STC 22/1997 configuró subjetivamente a esta institución, de tal suerte que, cuando el Diputado o Senador cesa en su representación, no sólo no hay ya necesidad alguna de instar el suplicatorio, sino que también pierde su aforamiento.

Por ello, y a fin de impedir auténticas manipulaciones del juez legal y fraudes procesales, STS de 2014 estableció que, una vez pronunciado el auto de apertura del juicio oral, si el aforado renuncia a su acta de Diputado, no por dicha circunstancia el Tribunal del aforamiento pierde su competencia objetiva.

| TIPO RECURSO | CABE CONTRA | Se Presenta ante | PLAZO | FORMA | RESOLUCIÓN | EFECTOS | Características |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **REFORMA**<br>Ordinario y no devolutivo | Contra ***autos*** del J. Instrucción, J. Violencia Mujer y J. de lo Penal<br>*(no expresamente excluidos de recurso)* | El mismo juez | **3 días** siguientes a la última notificación | Por escrito. Firma de letrado. | **Mismo juez, al segundo día** | No hay efecto suspensivo | La desestimación permite interponer(subsidiario) apelación, y la inadmisión, queja.<br>El auto de elevación de detención a prisión se puede recurrir verbalmente. |
| **SUPLICA**<br>Ordinario y no devolutivo | Contra ***autos*** de los Tribunales | El mismo Tribunal | **3 días** siguientes a la última notificación | Por escrito. Firma de letrado | **Mismo Tribunal** | No hay efecto suspensivo | La desestimación permite interponer (subsidiario) apelación, y la inadmisión, queja |
| **APELACIÓN**<br>Ordinario y devolutivo | Contra ***autos*** del J. Instrucción, en ***procedimiento ordinario*** | El mismo juez | **5 días** desde la notificación | Por escrito. Firma de letrado | **Audiencia Provincial (o Nacional)** | Uno o ambos efectos, según proceda | Sólo tras interponer reforma, aunque sea conjunto y subsidiario |
| | Contra ***autos*** del J. Instrucción y J. de lo Penal, en ***procedimiento abreviado*** | | | | | | En el proced. Abreviado no es Necesario interponer Reforma para ejercitar la Apelación |
| | Contra ***autos*** del Magistrado-Presidente, en ***procedimiento del T. del Jurado*** | | | Por escrito | **Sala T.S.J.C.A. (3 magistrados)** | | |
| | Contra ***sentencias***, en ***juicio de faltas*** | | **5 días** desde la notificación | Comparecencia o mera manifestación del interesado al notificarle la sentencia | *** J. Instrucción: (sentencias del J. Paz).**<br>*** Audiencia Prov. *[un solo magistrado]*: (sentencias J. Instr. o J. Violencia Mujer)** | | |
| | **Contra sentencias del J. de lo Penal, en juicios rápidos** | | **5 días** | Por escrito. Firma de letrado | **Audiencia Provincial (o Nacional)** | * Si es por error en apreciación de prueba o por infracción de norma sustantiva, la Audiencia anulará la sentencia y dictará nuevo fallo<br>* Si es por quebrantamiento de formas procesales, la Audiencia ordenará reponer el procedimiento al estado en que se encontraba | |
| | **Contra sentencias del J. de lo Penal, en procedimiento abreviado** | | **10 días** siguientes a la notificación | Por escrito | | | |
| | Contra ***sentencias*** dictadas por el Magistrado-Presidente, en ***procedimiento del T. del Jurado*** | | **10 días** siguientes a la notificación | Por escrito | **Sala de lo Civil y Penal del T.S.J.C.A., (3 magistrados)** | Motivos:<br>* Quebrantamiento de normas procesales que causen indefensión<br>* Infracción de precepto legal en la calificación de los hechos o determinación de la pena<br>* Solicitar disolución del jurado por falta de prueba y ser denegada<br>* Acordar disolución del jurado cuando no procediese<br>* Presunción de inocencia vulnerada | |

www.derecho-uned.com